Übernahme und Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter

---

INAUGURAL DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE

EINES DOKTOR IURIS DER RECHTS- UND

WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

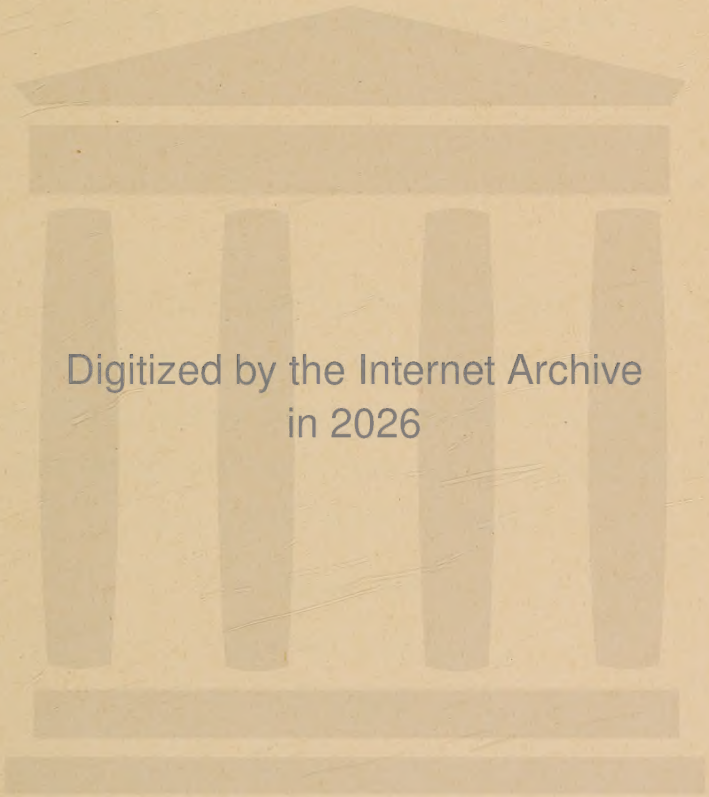
DER UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

HEINI WIKI

von Luzern

Buchdruckerei Wallimann, Beromünster 1956


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547620_0092

Übernahme und Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter

---

INAUGURALDISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE
EINES DOKTOR IURIS DER RECHTS- UND
WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

HEINI WIKI

von Luzern

Buchdruckerei Wallimann, Beromünster 1956

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. Dezember 1954
auf Antrag von Prof. Dr. W. v. Steiger als Dissertation angenommen,
ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen
Stellung nehmen zu wollen.

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Inhaltsverzeichnis V
Abkürzungsverzeichnis VII
Literaturverzeichnis IX

Einleitung

§ 1. Gegenstand und Zweck der Arbeit
I. Gegenstand der Arbeit 1
II. Zweck der Arbeit 3
III. Abgrenzung der Arbeit 4
IV. Aufbau der Arbeit 6

1. Abschnitt:
Gesellschaftsinterne Vorgänge und Veränderungen

§ 2. Der Übernahmevertrag und der Fortsetzungsvertrag
I. Die Zulässigkeit von Übernahme- und Fortsetzungsvereinbarungen 7
II. Inhalt und Form des Übernahme- bzw. Fortsetzungsvertrages 12
III. Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses . . 17

§ 3. Die Übernahme und die Fortsetzung . . . 22
A. Die Übernahme
I. Die Auflösung der Gesellschaft . . . 23
II. Begriff und Wesen der internen Übernahme 24
III. Die Formen der Verfügungen über die einzelnen Aktiven und der Verpflichtungen dazu 31
IV. Die Abfindung der ehemaligen Mitgesellschafter 39
B. Die Fortsetzung 43
I. Rechtliche Natur und Wesen der Kollektivgesellschaft 44
II. Allgemeine Grundsätze des Ausscheidens aus einer Kollektivgesellschaft 48
III. Das Ausscheiden bis auf einen 55

2. Abschnitt:

Gesellschaftsexterne Vorgänge und Veränderungen

§ 4. Die Bekanntmachung der Geschäftsübernahme
A. Im Falle der Übernahme
I. Wesen und allgemeine Bedeutung der Mitteilung 59
II. Inhalt der Mitteilung 62
III. Art und Weise der Mitteilung 65
IV. Die Mitteilung als Schuldanerkennung im Sinne von OR 135 Ziff. (= BGB 208) . . 71
B. Im Falle der Fortsetzung
I. Allgemeines zur Bekanntmachung des Ausscheidens und Fortsetzens 75
II. Handelsregistereintrag und Publikation als Voraussetzung der verkürzten Haftungsdauer für die Ausgeschiedenen 76
III. Die Bekanntmachung der Fortsetzung als Schuldübernahme 77
§ 5. Die Haftungsveränderungen infolge der Übernahme bzw. Fortsetzung
I. Die Haftungsverhältnisse vor der Übernahme bzw. Fortsetzung 78
II. Die Haftungsverhältnisse nach der Übernahme bzw. Fortsetzung 79
III. Das Verhältnis der für ein und dieselben Verbindlichkeiten laufenden Fristen zueinander und der Einfluß der Gläubiger auf den Fristenlauf 92
IV. Regreß 94

3. Abschnitt:

Registerrechtliche Vorgänge und Veränderungen

§ 6. Die Änderung im Handelsregister
I. Die durch die Übernahme bzw. Fortsetzung geschaffenen eintragungsbedürftigen Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen 96
II. Der technische Vorgang der Eintragung und der Veröffentlichung 101
§ 7. Die Änderungen im Grundbuch
I. Allgemeines über die infolge der Übernahme bzw. Fortsetzung eintretenden Änderungen 104

II. Die spezifischen Unterschiede zwischen der Eintragung des Übernehmers und der Abänderung infolge Fortsetzung 104

§ 8. Die Änderung in den Registern des gewerblichen Rechtschutzes

I. Grundsatz 108

II. Gebührenpflicht für die Eintragung des Übernehmers und des Fortsetzers . . . 108

Schlußbemerkungen 111

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AG	=	Die Schweizerische Aktiengesellschaft.
aOR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, bzw. vom 30. März 1911. (Die Revision von 1911 betraf die Titel 1—23, d. h. die Art. 1—551.)
BGB	=	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch von 1896, 18. August.
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung.
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
GrbVO	=	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Febr. 1910.
HGB	=	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
HregVO	=	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.
Jhr. Jb	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
JW	=	Deutsche Juristische Wochenschrift.
MBVR	=	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
MMG	=	Bundesgesetz betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900.

MSchG	=	Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken . . .vom 26. Sept. 1890.
NJW	=	Deutsche Neue Juristische Wochenschrift.
OHG	=	Offene Handelsgesellschaft.
OR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911, bzw. vom 18. Dez. 1936. (Die Revision von 1936 betraf die Titel 24—33, d. h. die Art. 552—1182.)
PatG	=	Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907.
RGE	=	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889.
SJZ	=	Schweizerische Juristen-Zeitung.
URG	=	Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dez. 1922.
VVO	=	Vollzugsverordnung.
ZGBR	=	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
ZbJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907.
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.
ZR	=	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung.
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

LITERATURVERZEICHNIS

Die in dieser Arbeit verwendete Literatur und Judikatur ist hier ausführlich zusammengestellt. In den Anmerkungen werden die verwendeten Werke nur mit den Namen der Autoren und die Gerichtsentscheide nur mit den Abkürzungen der Zeitschriften bzw. Entscheidsammlungen zitiert.

Kommentare

1. *Schweizerische.*

Becker: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begründet von Gmür, herausgegeben von Becker: Band VI. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, von *Becker,* 2. Auflage Bern 1941.

Funk: Kommentar des Obligationenrechts, 2. Band: Das Recht der Gesellschaften, von *Funk* Fritz, Aarau 1951.

Haab: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: IV. Band: Sachenrecht, von *Haab,* 2. Auflage (im Erscheinen begriffen), Zürich 1929ff.

Hartmann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begründet von Gmür, herausgegeben von Becker: Band VII. 4. Abteilung: Die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft von *Hartmann,* Bern 1943.

His: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begründet von Gmür, herausgegeben von Becker: Band VII. 4. Abteilung: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, von *His,* Bern 1940.

Leemann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Gmür: Band IV. Sachenrecht: 1. Abteilung, von *Leemann,* 2. Auflage Bern 1920.

Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: V. Band: OR, Erster Halbband von *Oser* (1—183), Zürich 1929.

Siegwart: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: 4. Teil: Die Personalgesellschaften von *Siegwart,* Zürich 1938.

2. *Deutsche.*

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1930 ff.
Geiler-Hoeniger-Jul. Lehmann: §§ 1—104.
Flechtheim: §§ 105—177, 335—342.

Palandt: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7 v. *Palandt:* Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, München und Berlin 1953.

Schlegelberger: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1939.

Staub-Bondi/Staub-Pinner: Staubs Kommentare zum Handelsgesetzbuch, 14.Auflage, Berlin und Leipzig 1932.
Staub-Bondi: §§ 1—104.
Staub-Pinner: §§ 105—177.

Weipert: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Band, 2. Auflage Berlin 1950.

Würdinger: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage (im Erscheinen begriffen), Berlin 1951ff.

Lehrbücher, allgemeine Werke, Monographien und Zeitschriftenaufsätze

1.*Schweizerische.*

Berger Stephan: Die Geschäftsübernahme und ihre Behandlung im Handelsregister, in ZBGR 32, S. 185ff.

Blumenstein Ernst: Die Erhebung der Handänderungsabgabe gegenüber einem Konsortium, in MBVR 50, S. 1ff.

Breitenbach Ludwig: Die Haftung des ausgeschienen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft, Diss. jur. Freiburg 1944.

Buchli Guido: Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR. Diss. jur. Zürich 1953.

Bühler Albin: Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach Schweizerischem Recht, Diss. jur. Zürich 1947.

Bühren Bruno: Verjährung und Verwirkung im Zivilrecht, in SJZ 45, S. 369ff.

Capitaine Georges: Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance du CCS et du CO, Genève 1937.

Des Gouttes René: Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, Diss. jur. Genève 1938.

Fick F.: Von der einschränkenden Auskündung bei der Übernahme eines Vermögens mit Aktiven und Passiven, in SJZ 20, S. 221ff.

Flachsmann Walter: Die Auswirkungen von Vorgängen bei der Gesellschaft auf die Vermögensverschiebung und deren grundbuchliche Behandlung, Diss. jur. Zürich 1929.

Flückiger P.: Miteigentum und Gesamteigentum, in ZbJV 60, S. 353ff.

Fraefel Joseph: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. jur. Zürich 1929.

Früh Peter: Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. jur. Zürich oder in den Zürcherischen Beiträgen zur Rechtswissenschaft, Band 111.

Gmür Rudolf: Das landwirtschaftliche Gewerbe als Einheit im schweizerischen Recht (Sonderabzug der schweizerischen Beiträge zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung), Genf 1954.

Guhl Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1948.

Guhl Theo: Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, in ZbJV 53, S. 1 ff. und 49 ff.

Haab R.: Einige Fragen aus dem Grundbuchrecht, in ZbJV 61, S. 297ff.

Hartmann Jost: Firmenrecht und Handelsregister im Schweizerischen Recht, Diss. jur. Bern 1940.

Hasler Georg: Die Schuldübernahme in der Theorie und im Schweizerischen Recht, Diss. jur. Zürich 1911.

Hausherr Paul: Die Übernahme mit Aktiven und Passiven durch einen Kollektivgesellschafter unter Ausscheiden der übrigen Gesellschafter, Diss. jur. Freiburg 1928.

Hoffmann Josef H.: Die Übertragung der Firma nach neuem OR, Diss. jur. Bern 1940/41 und Villmergen 1941.

Homberger A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2.Auflage, Zürich 1943.

Huber Eugen: Bericht I zur Revision des Schweizerischen OR: Titel 24—33, 1920.

Huber Eugen: Ein- und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, in ZSR 40, S. 5ff.

Huber Hans (Zch.): Die Erhebung von Handänderungsgebühren und Handänderungssteuern bei Änderungen im Gesellschafterbestand von Personengesellschaften, in ZBGR 34, S. 241ff.

Jenny Alexander: Die Firma der Kollektivgesellschaft, insbesondere die Gestalt der Firma und deren Veränderungen nach Schweizerischem OR, Diss. jur. Basel 1927.

Jenny Max: Der Eigentumsübergang bei den Handelsgesellschaften des Schweizerischen Rechts, Diss. jur. Bern 1924. Gleiche Arbeit in den Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, herausgegeben von Gmür, Band 100 a. F.

Job Hans: Ansprüche unter Kollektivgesellschaftern, Diss. jur. Zürich 1952.

Keller Hermann: Der ideelle Geschäftswert. Seine Behandlung in der Bilanz und im Steuerrecht, in AG 21, S. 16 ff, 33 ff.

Kramer Martha: Die Auseinandersetzung der Gesamthandgemeinschaften im Schweizerischen Recht, Diss. jur. Zürich 1943.

Kunz Hans Rudolf: Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. jur. Bern 1942.

Lanz Rudolf: Verjährung und Schuldübernahme, in SJZ 35, S. 198ff.

Leemann H:. Änderungen am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht, in SJZ 13, S. 105 ff.

Mangold Theodor: Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters, Diss. jur. Zürich 1947.

Maurer Robert: Die Kognition des Handelsregisterführers, Diss. jur. Zürich 1940/41 und Eich bei Sempach 1941.

Moser Ulrich: Fragen, die sich aus dem Verhältnis zwischen den die Kollektivgesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern und dem ausländischen Teilhaber ergeben, Diss. jur. Zürich 1948.

Nußbaum Kurt: Die Fortführung der Firma bei Änderungen in der Person des Firmenträgers nach Schweizerischem und Deutschem Recht, Diss. jur Zürich 1941.

Plangg Karl: Die rechtlichen Wirkungen der Eintragung im Handelsregister nach Schweizerischem Recht, Diss. jur. Zürich 1922.

Prot. Exp. Kom.: Protokoll der Expertenkommission betr. Revision des OR: Titel 24—33, herausgegeben 1928.

Rosenberg Clara: Das Ausscheiden aus Handelsgesellschaften aus wichtigem Grund, Diss. jur. Bern 1940/41.

Schönberg S.: 10 Jahre Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Die Grundbuchpraxis, Aarau 1924.

Siegwart Alfred: Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft und ihre Rückwirkung auf den Inhalt der Entscheide, in Festgabe für Carl Wieland (S. 355ff.), Basel 1934.

Spörri Ernst: Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften, Diss. jur. Bern 1947. Auch in in den Abhandlungen zum Schweizerischem Recht, herausgegeben von Guhl, n. F. 235.

v. Steiger Fritz: Schweizerisches Firmenrecht, Zürich 1938.

v. Steiger Fritz: Wandlungen im Schweizerischen Firmenrecht, ZbJV 74, S. 313ff.

Treadwell Georg Pearson: Die Geschäftsübernahme (Art. 181, 182 OR), Diss. jur. Zürich 1913.

Troller Alois: Der Schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948.

v. Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts: 1. Halbband, 2. Auflage, Zürich 1942. 2. Halbband, 2. Auflage, Zürich 1944.

v. Tuhr Andreas: Eigentumsübertragung nach Schweizerischem Recht, in ZSR 40, S. 40ff.

Tuor Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Zürich 1953.

Vaucher Edouard: La vente de fonds de commerce, Diss. jur. Lausanne 1920.

Wieland Carl: Festgabe für Carl Wieland: «Beiträge zum Handelsrecht», Basel 1934.

Wieland Carl: Erbrecht und Akkreszenzrecht, in Festschrift für Cohn, Zürich 1915 (S. 129f.).

v. Wyß David: Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diss. jur. Zürich 1953. Auch in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, n. F. 184.

2. *Deutsche*

Alexander-Katz Paul: Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer OHG, in ZHR 70, S. 80ff.

Demelius Heinrich: Vertragsübernahme, in Jhr. Jb., 72, S. 297 ff.

Diester Hans: Die Geschäftsübernahme bei der zweigliedrigen OHG, und die Forthaftung der ausgeschiedenen Gesellschafter aus Lieferungsverträgen, Diss. jur. Marburg 1919/20.

Ellerholz Helmut: Die zweigliedrige OHG, Diss. jur. Marburg 1916.

Fehr Hans: Bericht über die Schweiz: Das Schweizerische Handelsrecht in den letzten 10 Jahren, in ZHR 104, S. 51ff., 275ff.

v. Gierke Julius: Das Handelsunternehmen, in ZHR 111, S. 1ff.

v. Godin Reinhard, Freiherr: Ausschließung eines Gesellschafters nach HGB und Entziehung, in NJW 1951. S. 339ff.

Haack Georg: Zur Lehre von der Auflösung der OHG, Diss. jur. Leipzig 1905.

Habermann Friedrich: Das Ausscheiden eines Mitgliedes aus der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, den Handelsgesellschaften und der eingetragenen Genossenschaft, Diss. jur. Heidelberg 1907/08.

Heubach Hans: Die Umwandlung der OHG in andere handelsrechtliche Unternehmungsformen, Diss. jur. Jena 1930.

Höhn Rudolf: Wiederaufleben der aufgelösten OHG, Diss. jur. Jena 1934.

Hueck Alfred: Das Recht der OHG, 2. Auflage, Berlin 1951.

Hueck Alfred: Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäftes, in ZHR 108, S. 1ff.

Jorgers Ernst: Zur Lehre vom Miteigentum und der Gesamten Hand nach Deutschem Recht, in ZHR 49, S. 140ff. und 51, S. 47ff.

Junck Johannes: Über Umwandlung von Gesellschaften, in Jhr. Jb., 77, S. 297ff.

Kahn Fritz: Austritt und Ausschluß des Gesellschafters der OHG und die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. jur. Erlangen 1929.

Kesseler Ernst: Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer OHG, Diss. jur. Halle 1929.

Klein Walter: Das Abfindungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters einer OHG, Diss. jur. München 1948.

Klemm Walter: Die Übernahme des von einer OHG betriebenen Geschäftes durch einen der beiden Gesellschaften im Falle des § 142 HGB, Diss. jur. Leipzig 1909/10.

Kohler Joseph: Die OHG als juristische Person, in ZHR 74, S. 456.

Kühnlenz Fritz: Das Gesellschaftsvermögen einer zweigliedrigen OHG bei Übernahme des Geschäftes durch einen Gesellschafter, Diss. jur. Jena 1930.

Larenz Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, München und Berlin 1953.

Lehmann: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmen, in Festschrift für Cohn 1915 (S. 393ff.).

Lehmann Heinrich: Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen, in ZHR 79, S. 57ff.

Lehmann Karl: Entgegnung zu Kohler, in ZHR 74, S. 462.

Lehmann Karl: Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen, in ZHR 50, S. 1ff.

Liebisch Arnold: Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters, in ZHR 116, S. 128ff.

Luckat Emil: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG, Diss. jur. Königsberg in Preußen 1927.

Mandelbaum Ernst: Die zweigliedrige OHG unter besonderer Berücksichtigung des § 142 HGB, Diss. jur. Greifswald 1919.

Mengering Friedrich Max: Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters der OHG, Diss. jur. Leipzig 1903/04.

Mertz Gerhard: Beiträge zu § 142 HGB. Der Übergang des Geschäftes einer aus zwei Personen bestehenden Kommanditgesellschaft infolge Accreszenz auf den Kommanditisten und Berücksichtigung seiner Kaufmannseigenschaft, Diss. jur. Erlangen 1912/13.

Müller-Erzbach Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2./3. Auflage, Tübingen 1927.

Müller-Erzbach Rudolf: Der Schutz der Unternehmerarbeit, in ZHR 64, S. 536ff.

Müller-Erzbach Rudolf: Die Erhaltung des Unternehmens, in ZHR 61, S. 357ff.

Patzschke Oswald: Probleme in Bezug auf das Weiterbestehen der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, in ZHR 113, S. 1ff.

Paul W.: Ausschluß aus der zweigliedrigen Vor-GmbH, in NJW 1947/48, S. 419.

Plaut Maximilian Friedrich: Der Übergang des Geschäftes einer OHG auf eines ihrer Mitglieder, Diss. jur. Göttingen 1910/11.

Reichel Hans: Die Schuldmitübernahme, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, von Dr. O. Fischer, München 1909.

Ritter C.: Über die Ausschließungsklage des Handelsgesellschafters, in ZHR 69, S. 287ff.

Schubert Günter: Die rechtliche Stelung des aus einer OHG ausscheidenden Gesellschafters, Diss. jur. Bonn 1930/31.

Schumann Hans: Handelsrecht, in «Die Handelshochschule», die Wirtschaftshochschule, 4. Teil, Wießbaden 1950/52.

Strohal Emil: Schuldübernahme, Jena 1910. Abdruck aus Jhr. Jb., Band LVII, 2. Folge, Band 21.

Strunz Walter: Die Übernahme des Unternehmens einer OHG im Falle des § 142 HGB, Diss. jur. Göttingen 1920.

Syz Hans G: Die Kollektivgesellschaft des Schweizerischen OR im Vergleich mit der OHG des deutschen HGB, Diss. jur. Heidelberg 1917.

Trantow Albert: Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der OHG nach dem HGB vom 10. 5. 1897, Diss. jur. Heidelberg 1912.

Wieland Karl: Handelsrecht, 1. Band, München und Leipzig 1921.

EINLEITUNG

§ 1 Gegenstand und Zweck der Arbeit

I. Gegenstand der Arbeit

Löst sich eine mehrgliederige Kollektivgesellschaft auf, weil einer oder mehrere Gesellschafter aus irgend einem Grund ausscheiden, so bieten sich den Gesellschaftern grundsätzlich folgende drei Möglichkeiten:

1. Liquidation des Geschäftes der Kollektivgesellschaft durch alle Gesellschafter oder durch Liquidatoren, Art. 582 ff OR.
2. Übernahme des Geschäftes der Kollektivgesellschaft durch *einen* oder *mehrere* verbleibende Gesellschafter im Sinne von Art. 181 OR.
3. Fortsetzung des Geschäftes und der Gesellschaft durch *mehrere* Gesellschafter im Sinne von Art. 576 ff OR oder Fortsetzung nur des Geschäftes der aufgelösten Kollektivgesellschaft durch *einen* Gesellschafter im Sinne von Art. 579 OR.

In dieser Arbeit sollen nur die beiden Fälle der Übernahme und der Fortsetzung des Geschäftes der Kollektivgesellschaft durch *einen* Gesellschafter behandelt werden. Und zwar wird besonderes Gewicht gelegt werden auf die Herausarbeitung der Unterschiede zwischen diesen auf den ersten Blick sehr ähnlichen Tatbeständen, die sich aber in wesentlichen Punkten rechtlich ganz bedeutend von einander abheben.

Nach dem Wortlaut von OR 579 ist die Fortsetzung des Geschäftes durch einen Gesellschafter nur für den Fall des Ausscheidens des Partners aus einer zweigliederigen Kollektivgesellschaft vorgesehen. Wie verhält es sich aber, wenn von einer *mehr*gliederigen Kollektivgesellschaft *alle bis auf einen,*

der das Geschäft fortsetzen möchte, ausscheiden? Die Gesetzesmaterialien [1] geben darüber keine Auskunft.

Der Wortlaut («sind *nur* zwei Gesellschafter vorhanden . .») würde eher dafür sprechen, daß der Gesetzgeber hier eine Sonderregelung für die zweigliederige Kollektivgesellschaft treffen wollte. Das würde heißen, daß der Fortsetzungswillige von mehreren Gesellschaftern auf die Übernahme nach OR 181 beschränkt wäre. Eine solche Schlechterstellung gegenüber dem Fortsetzungswilligen einer zweigliederigen Gesellschaft ließe sich aber durch nichts rechtfertigen, abgesehen davon, daß durch vorheriges Ausscheiden bis auf zwei der Tatbestand von OR 579 und damit die Fortsetzung leicht herbeigeführt werden könnte [2]. Das Prinzip der Fortsetzung in OR 576 für den Fall von mindestens zwei Fortsetzenden und in OR 579 für den Fall von nur einem Fortsetzenden ist nämlich nichts anderes als der Ausdruck der allgemeinen Tendenz unseres Gesetzgebers, die wirtschaftlichen Werte der Unternehmung trotz Veränderungen in der Organisationsform zu erhalten. Daß dieser Grundsatz weniger Geltung haben soll, wenn von mehreren Gesellschaftern alle bis auf einen ausscheiden, ist nicht einzusehen. Mit der herrschenden Meinung [3] ist deshalb anzunehmen, daß der Gesetzgeber die zweigliederige Kollektivgesellschaft in OR 579 lediglich als Beispiel des Ausscheidens bis auf einen verstanden hat. Das ist übrigens auch die im deutschen Recht anerkannte Lösung [4], trotzdem § 142 HGB ebenfalls nur von der zweigliederigen offenen Handelsgesellschaft (OHG) spricht.

---

[1] Vgl. Huber, Bericht I S. 21; Prot. Exp. Kom. S. 74—81, 912—915.

[2] Vgl. ZBGR 7 S. 333 f.

[3] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 6, 577 N. 7; Komm. Siegwart Art. 579 N. 1, 547 N. 50; Komm. Funk Art. 579 N. 1 (am Schluß). Breitenbach 7 ff, 13 ff; Hausherr 83 f; Kramer 35; Mangold 72 f.

[4] Vgl. Komm. Staub-Pinner § 142 Einleitung; Komm. Weipert § 142 N. 2 und 17; Komm. Schlegelberger § 142 N. 10; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 3. Wieland 723 Anm. 3; Hueck 301 f., 309; Lehmann in Festschrift für Cohn 408; Kahn 24 f.; Plaut 8.

Gegenstand dieser Untersuchung ist deshalb neben der Übernahme des Geschäftes durch einen Gesellschafter (OR 181) dessen Fortsetzung durch einen von zwei oder mehreren Gesellschaftern.

II. Zweck der Arbeit

Diese Arbeit soll die Unterschiede darstellen, die in den einzelnen Punkten zwischen der Übernahme mit Aktiven und Passiven und der Fortsetzung des Geschäftes durch einen Kollektivgesellschafter bestehen. Es sollen besonders auch die Konsequenzen aufgezeigt werden, die sich aus der Wahl der einen oder andern Art der Geschäftsfortführung ergeben, um so die virtuellen Übernehmer oder Fortsetzer des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft in die Lage zu versetzen, die in ihrem Falle richtige Wahl zu treffen, und um die Gläubiger zu orientieren, welche Änderungen in ihrem Gläubigerrecht im einen und im andern Fall eintreten.

Darüber hinaus soll sie dem Handelsregisterführer behilflich sein, bei den oft unklaren Vereinbarungen an Hand der hier entwickelten einzelnen Tatbestandsmerkmale zu erkennen, welche Variante gemeint ist; je nachdem hat dann der Eintrag so oder so zu erfolgen [5].

Endlich ist es auch für den Richter wichtig, bei Streitigkeiten aus einer solchen Geschäftsfortführung, sei es zwischen den ehemaligen Gesellschaftern, sei es zwischen diesen und Dritten, die Rechtsfolgen der einen wie der andern Möglichkeit genau zu kennen [6].

---

[5] Wenn zum Geschäft auch Grundstücke gehören, so sollte auch der *Grundbuchführer* Bescheid wissen über die beiden Vorgänge. Zwar nicht wegen der Eintragung, die in beiden Fällen die gleiche ist, sondern weil im Übernahmefall die Eintragung nur auf Grund eines öffentlich beurkundeten Vertrages vorgenommen wird, im Fortsetzungsfall dagegen m. E. ein Abänderungsgesuch genügen muß. Vgl. darüber S. 104 ff.

[6] Daß es damit nicht immer zum Besten bestellt ist, zeigt schlagend BGE 67 I 247 f., wo, trotz Vorliegen eines eindeutigen Fortsetzungsfalles nach OR 579 II, stets von Übernahme mit Aktiven und Passiven die Rede ist.

III. Abgrenzung der Arbeit

1. Zugrundegelegt wird dieser Arbeit die Übernahme bzw. Fortsetzung des Geschäftes durch einen Gesellschafter auf Grund einer *Übereinkunft* zwischen den Gesellschaftern[7]. Einmal wird es sich um den praktisch häufigsten Fall handeln, und sodann kann nur in diesen Fällen zweifelhaft sein, was eigentlich gewollt ist und welche Regeln folglich anzuwenden sind, wenn nämlich die Parteien z. B. vereinbaren, «der X. solle das Geschäft mit Aktiven und Passiven fortsetzen».

2. Es wird in dieser Arbeit somit nicht näher eingegangen auf alle jene Fälle, wo nur das eine oder andere vorliegen kann, ebenso nicht auf jene, wo das Geschäft entweder von mehreren Gesellschaftern übernommen bzw. fortgesetzt wird oder überhaupt nicht von Gesellschaftern. Diese Tatbestände sind:

a) Ein oder mehrere *Dritte* erscheinen als Übernehmer. Hier kann nur eine Übernahme im Sinne von OR 181 vorliegen, denn eine Fortsetzung nach OR 576 ff ist begrifflich ausgeschlossen, weil nur Gesellschafter fortsetzen können. Es finden die in der Folge für die Übernahme zu entwickeln-Grundsätze Anwendung.

b) *Mehrere* Gesellschafter erscheinen als Übernehmer oder Fortsetzer.

   a*) Mehrere Gesellschafter treten als Übernehmer im Sinne von OR 181 auf. Die für die Übernahme durch einen Gesellschafter zu entwickelnden Grundsätze finden entsprechend Andwendung.

   b*) Mehrere Gesellschafter treten als Fortsetzer im Sinne von OR 576 ff auf. Auch hier sind — worauf einläßlicher hinzuweisen sein wird[8] — die Regeln über die Fortsetzung durch einen Gesellschafter entsprechend anwendbar, denn OR 579 ist nur ein spezieller Fall der

[7] Über die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen wird im folgenden Paragraphen unter Ziffer I zu reden sein; S. 7 ff.

[8] S. 48 ff.

Fortsetzung durch mehrere, mit der Besonderheit allerdings, daß sich die Gesellschaft zwangsläufig auflöst, da die minimale Mitgliederzahl (zwei) einer Kollektivgesellschaft nicht mehr vorhanden ist.

c) Ein Gesellschafter setzt das Geschäft fort, während der oder die andern ausgeschlossen worden sind infolge *Konkurs* oder *Pfändung* (OR 579 I und 578)[9] oder aus einem *wichtigen Grund* (OR 579 II und 577)[10]. Die normale Folge des Konkurses eines Gesellschafters oder der Pfändung seines Liquidationsanteiles ist das Kündigungsrecht der Konkursverwaltung bzw. des pfändenden Gläubigers (OR 575 I und II). Die übrigen Gesellschafter können die Auflösung verhindern, indem sie ihm seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen auszahlen und ihn ausschließen, OR 578. Bleibt nur einer übrig, so löst sich zwar die Gesellschaft ipso jure auf; er darf aber das Geschäft fortsetzen, OR 579 I. Der Richter kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, statt die Gesellschaft aufzulösen, auf Antrag aller übrigen Gesellschafter den- oder diejenigen unter Ausrichtung ihres Anteils ausschließen, in denen der wichtige Grund gegeben ist, OR 577. Ist er nur in einem Gesellschafter nicht gegeben, so läßt sich zwar die Auflösung der Gesellschaft nicht verhindern, der Richter kann aber die Fortsetzung des Geschäftes durch ihn verfügen bzw. ihn berechtigen, das Geschäft fortzusetzen, OR 579 II.

In beiden Fällen dieses vom Gesetz besonders vorgesehenen Ausschlusses bis auf einen handelt es sich also eindeutig um Fortsetzung. Im Falle von OR 579 I kann dieser

---

[9] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 3; Komm. Siegwart Art. 579 N. 1; Hausherr 85, Schweizer 3; BGE 75. I. 274, 69. II. 119 f.; ZR 22 Nr. 49 Erw. 3. Komm. Schlegelberger § 142 N. 8; Hueck 301; Diester 5 ff.; Kahn 91 f.; RGE 65 S. 237.

[10] Vgl. neben den Literaturangaben unter 9: Komm. Hartmann Art. 579 N. 4, 577 N. 7; Hausherr 86; Diss. Fraefel; SJZ 22 S. 360 Nr. 307; ZbJV 62 S. 31 Erw. 2. Komm. Schlegelberger § 142 N. 3—6; NJW 1952 S. 461 f.; vgl. auch Ritter in ZHR 69 S. 287 ff., 310.

eine nicht etwa erklären, er übernehme das Geschäft mit Aktiven und Passiven gemäß OR 181, und im Falle von OR 579 II kann der Richter nicht auf Übernahme im Sinne von OR 181 erkennen, sondern nur auf Fortsetzung oder Liquidation. Die Frage, ob Fortsetzung oder Übernahme, stellt sich also gar nie. Deshalb sind die zu entwickelnden Grundsätze über die Fortsetzung entsprechend anzuwenden.

3. Auf die Besonderheiten, die sich dadurch ergeben, daß ein Kommanditär übernimmt bzw. fortsetzt, wird jeweilen in Fußnoten hingewiesen werden. Daß die Regeln über die Kollektivgesellschaft und somit auch OR 579 anwendbar sind, ergibt sich aus OR 619 [11]. Ebenso ist natürlich der im allgemeinen Teil des OR enthaltene Art. 181 anwendbar [12].

IV. Aufbau der Arbeit

Die Arbeit wird aufgebaut, indem einzelne zusammenhängende Problemkreise unter dem Gesichtspunkt der Übernahme und dann der Fortsetzung beleuchtet werden. In einem ersten Abschnitt über die gesellschaftsinternen Vorgänge und Veränderungen werden insbesondere der Übernahmevertrag und der Fortsetzungsvertrag nebeneinander gestellt und deren Auswirkungen auf die Vertragspartner verglichen. In einem zweiten Abschnitt kommen dann vor allem Haftungsprobleme zur Sprache, während sich der abschließende dritte Abschnitt einigen registerrechtlichen Problemen widmet. Wo es nützlich erscheint, soll auch immer wieder das deutsche Recht vergleichend herbeigezogen werden.

---

[11] Vgl. Komm. Hartmann Art. 619 N. 5; Komm. Siegwart Art. 619 N. 15 f.

[12] Entsprechendes gilt für das deutsche Recht, wo § 161 II HGB ausdrücklich auf die Anwendbarkeit der Regeln über die OHG hinweist. Vgl. Komm. Staub-Pinner, Anhang zu § 177 Anm. 14; Komm. Düringer-Hachenburg § 177 Anm. 13; Komm. Schlegelberger § 177 N. 19. Mertz 29 ff., insbes. 32. BGHZ 6 S. 113 ff.

1. ABSCHNITT

GESELLSCHAFTSINTERNE VORGÄNGE UND VERÄNDERUNGEN

§ 2 Der Übernahmevertrag und der Fortsetzungsvertrag

I. Die Zulässigkeit von Übernahme- und Fortsetzungsvereinbarungen

Bisher ist stets vorausgesetzt worden, daß sowohl Übernahmevertrag wie Fortsetzungsvertrag zulässig seien. Zur Begründung sei folgendes festgehalten:

1. Die Zulässigkeit der *Fortsetzungsvereinbarung* läßt sich nicht direkt aus unserm Gesellschaftsrecht ableiten. OR 579 beschlägt, wie in der Einleitung dargelegt wurde [1], andere Tatbestände. Man könnte sich allerdings fragen, ob sich die Worte «unter den gleichen Voraussetzungen» (OR 579 I) nicht auch auf OR 576 beziehen, wo von der Fortsetzungsvereinbarung die Rede ist. Dagegen spricht aber — abgesehen davon, daß es sich dort um die Fortsetzung der *Gesellschaft* handelt — die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Der dem Abs. 1 des heutigen Art. 579 OR entsprechende Art. 577 II aOR verwies ausdrücklich auf Abs. 1 der gleichen Bestimmung, wo nur die Fälle des Konkurses und der Kündigung geregelt sind, wie im heutigen Art. 578 OR. Daß aus dem Wegfallen dieses ausdrücklichen Verweises auf eine materielle Änderung geschlossen werden könnte, kann den Materialien zur Revision des OR (1937) nicht entnommen werden. Ja, dadurch daß der Revisionsgesetzgeber es für nötig hielt, in Abs. 2 von OR 579 die Fortsetzung des Geschäftes

[1] Siehe Seite 5 f. (2 c).

durch Richterspruch bei Vorliegen wichtiger Gründe (entsprechend der Regelung in OR 577)[2] speziell zu regeln, ist die Annahme, er habe in OR 579 I auf die Art. 576 bis 578 OR verweisen wollen, ausgeschlossen, da in diesem Falle Abs. 2 völlig überflüssig gewesen wäre.

Daß aber die Fortsetzungsvereinbarung im Gesellschaftsrecht nicht ausdrücklich vorgesehen ist, heißt noch nicht, sie sei unzulässig. Wie jede andere vertragliche Abmachung steht auch sie unter dem Schutz der in OR 19 I statuierten Vertragsfreiheit, wonach der Inhalt der Verträge in den Schranken von Recht und Sittlichkeit von den Parteien frei bestimmt werden kann. Da solche Fortsetzungsvereinbarungen weder vom Gesetz ausgeschlossen werden wollen, noch von Unsittlichkeit derselben die Rede sein kann, ist an ihrer Zulässigkeit nicht zu zweifeln[3].

In Deutschland war diese Frage lange Zeit strittig. Die eine Meinung hielt die Fortsetzungsverträge für zulässig, die andere stellt sich auf den Standpunkt, § 142 HGB stelle einen numerus clausus auf. Das Reichsgericht hat aber schon im Jahre 1907 die analoge Anwendung von HGB 142 auf die Fortsetzungsvereinbarung zugelassen[4]. Im Laufe der letzten fünfzig Jahre ist die deutsche Doktrin dem Reichsgericht fast einheitlich gefolgt[5].

---

[2] Über den Zusammenhang dieser Bestimmungen (577—579 OR) verweise ich auf die Einleitung Seite 5 f. (2. c).

[3] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 5, 574 N. 34; Komm. Siegwart Art. 579 N. 2, 576 N. 1 f; Komm. Funk Art. 579 N. 2; Hausherr 85, 89; Mangold 73; BGE 75. I. 274 f.; Berger in ZBGR 32 S. 195.

[4] RGE 65 S. 238 ff; vgl. ebenda (S. 238 unten) die zitierten gegenteiligen Meinungen.

[5] Vgl. Komm. Weipert § 142 N. 22; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 2 und die zitierten Stellen; Anm. 9. Wieland 722 ff.; Hueck 25, 302; Komm. Schlegelberger § 142 N. 14; Diester 32 ff; Heubach 50; Lehmann in Festschrift für Cohn 408; Kühnlenz 53, 69 ff; Mandelbaum 55 ff.; Mengering 28 ff.; Schubert 18; Junck in Jhr. Jb 77 S. 315 f.; RGE 68 S. 410 ff., 415; Paul in NJW 1947/48 S. 419.

2. Auch die *Übernahme* durch einen Gesellschafter steht unter dem Schutze der Vertragsfreiheit. Sie ist zudem in Art. 592 II OR ausdrücklich vorausgesetzt. Zur Übernahme im Sinne von OR 181 müssen ein oder mehrere Übernehmer und ein oder mehrere bisherige Schuldner vorhanden sein. Bisherige Schuldner sind in unserem Fall die Kollektivgesellschaft [6] und subsidiär die einzelnen Gesellschafter [7].

Übernehmer ist ebenfalls ein schon haftender Gesellschafter, materiell betrachtet also kein neuer Schuldner [8]. Doch durch die gesetzmäßige Übernahme mit Aktiven und Passiven verpflichtet er sich erneut für alle Schulden des Geschäftes und wird somit formell zu einem neuen Schuldner, was das Bundesgericht als genügend erachtet [9].

Daß die Übernahme mit Aktiven und Passiven nur zulässig sei, wenn auch materiell ein neuer Schuldner auftritt, wäre nicht gerechtfertigt, weil die Veräußerer als bisherige Gesellschafter und Schuldner durch die Übernahme nicht sofort frei werden, sondern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (des Geschäftes) mit dem Übernehmer noch während zwei Jahren solidarisch haften [10]. Deshalb ist für die Sicher-

---

[6] Obwohl sie keine Rechtspersönlichkeit besitzt; vgl. darüber S. 44.

[7] Vgl. die subsidiäre Haftung der Gesellschaften hinten S. 78.

[8] Daß die Gesellschafter mit der Gesellschaft überhaupt Rechtsgeschäfte abschließen können, ergibt sich aus der Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft; darüber vgl. weiter hinten S. 44.

[9] Vgl. BGE 46. II. 470 Erw. 1; Breitenbach 15; ZR 33 Nr. 105 S. 236 f.: Ob dieser Entscheid in den Blättern für Zürcherische Rechtssprechung richtig ist, kann mit guten Gründen bezweifelt werden. Es ist nämlich fraglich, ob es sich hier überhaupt um eine Übernahme im Sinne von OR 181 handelt oder nicht eher um ein Ausscheiden aus einer fortbestehenden Gesellschaft im Sinne von OR 579.
Die erneute Verpflichtung für alle Schulden der Gesellschaft ist besonders gut ersichtlich bei der Übernahme durch einen bisherigen Kommanditär, wo durch die Übernahme neben die beschränkte Haftung als Gesellschafter die unbeschränkte als Übernehmer tritt; vgl. S. 83 Anm. 20.

[10] Siehe Seiten 82 f. und 89 f.

heit der Gläubiger genügend gesorgt [11], wenn auch in diesem Spezialfall, wo die Verkürzung der Frist nicht durch einen materiell neuen Schuldner ausgeglichen wird, eine gewisse Verschlechterung ihrer Stellung nicht zu leugnen ist. Sie wird aber vom Gesetzgeber offenbar im Interesse der schnellen Bereinigung der durch die Handänderung geschaffenen neuen Lage in Kauf genommen.

Die Frage der Zulässigkeit der Übernahme durch einen Gesellschafter muß m. E. gleich beantwortet werden für die offene Handelsgesellschaft des deutschen Rechts. So Schlegelberger [12] und Würdinger [13] im Gegensatz zu Staub-Bondi [14], während es bei andern Autoren an einer klaren Äußerung zum Problem fehlt. § 25 III HGB sieht wie Art. 181 OR die Übernahme eines Geschäftes vor, wobei zur Wirkung nach außen ebenfalls eine Bekanntmachung erforderlich ist, die nach HGB 25 I allerdings auch lediglich in der Fortführung der Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz liegen kann [15]. Zudem kann auch nach deutscher Auffassung der Gesellschafter einer OHG dieser gegenüber als Dritter auftreten, weshalb nicht einzusehen ist, wieso er das z. B. im Falle des Verkaufes des Geschäftes nicht könnte.

3. Ein Wort noch zum *Verhältnis der Fortsetzung* gestützt auf die Analogie zu OR 579 *zur Übernahme* laut OR 181. Jene Bestimmung steht nämlich zu dieser nicht etwa im Verhältnis der Spezialität, sodaß dem fortführungswilligen Gesellschafter nur die Fortsetzung nicht aber die Übernahme offen stände. Art. 579 OR kann schon deshalb nicht lex specialis von Art. 181 OR sein, weil er ja die Fortsetzungsvereinbarung,

---

[11] Vgl. Guhl 426; Mangold 75, Breitenbach 15; ZR 20 Nr. 118 S. 238 Erw. 1.

[12] Vgl. Komm. Schlegelberger § 25 N. 5.

[13] Vgl. Komm. Würdinger § 25 N. 5, sowie ausdrücklich in N. 6; gl. M. RGE 142 S. 302.

[14] Vgl. Staub-Bondi § 25 N. 1.

[15] Vgl. Heubach 44; allgemein zu den Absätzen I—III des § 25 HGB: Hueck in ZHR 108 S. 2.

wie oben festgestellt wurde, gar nicht vorsieht, während anderseits die Übernahme nur auf vertraglicher Basis möglich ist. Die Parteien sind deshalb frei, alternativ Fortsetzung oder Übernahme [16] zu vereinbaren.

Genau gleich verhält sich im deutschen Recht § 142 HGB zu § 25 HGB.

4. Der *Grund* [17], weshalb die *Gesellschafter,* wenn irgend wie möglich nicht liquidieren, sondern das Geschäft als Ganzes übergehen lassen, liegt auf der Hand. Sie, wie übrigens bei Verschuldung auch die Gläubiger, kommen so regelmäßig günstiger weg, weil bei Fortbestand des Geschäftes verschiedene Posten, z. B. Maschinen, halbfertige Waren, in der Abfindungs- oder Abschichtungsbilanz höher eingesetzt, ja einige wie z. B. der «good-will» überhaupt erst dann berücksichtigt werden können [18], abgesehen von den Mühen und Kosten, die eine Liquidation immer verursacht. Daß diese Werte und andere, wie z. B. Firma, Warenzeichen, externe und interne Organisationen etc., erhalten bleiben, liegt aber nicht nur im Interesse der Parteien, sondern offensichtlich ebensosehr in jenem der gesamten Volkswirtschaft.

Diese Erkenntnis hat m. E. den *Gesetzgeber* zur Zulassung der Übernahme und Fortsetzung ganzer Geschäfte bewogen. Die im modernen Verkehrsleben recht häufigen Übergänge

---

[16] Vgl. Komm. Hartmann Art. 592 N. 5; Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 45 und dort zit. Komm. stellen; Hausherr 146.

[17] Vgl. darüber Komm. Hartmann Art. 579 N. 2; Guhl 429 f.; Breitenbach 11, Kramer 34, Mangold 73, Rosenberg 18 ff. BGE 75. I. 275; Keller in AG 21 S. 16 ff., 33 f.; Komm. Weipert § 138 N. 1; Komm. Düringer-Hahenburg § 142 Anm. 1; Komm. Staub-Pinner § 138 Einleitung; Wieland 246 ff.; Hueck 225, 309, Heubach 12 f., Habermann 26, 77 ff., Höhn 15 f., 49, 54, Kahn 24 f, Kühnlenz 50 f, Lehmann in Festschrift für Cohn 407, Mengering 23, Plaut 8, Schubert 11 f. Strunz 9 ff. BGHZ 6 S. 114, 1 S. 330 Erw. 3 = NJW 1951 S. 651 Erw. 3 und 1947/48 S. 419 Erw. 3; RGE 65 S. 381; Junck in Jhr. Jb. 77 S. 308 f., 315 f., Patzschke in ZHR 113 S. 1 ff.; Alexander-Katz in ZHR 70 S. 80 ff.; Müller-Erzbach in ZHR 61 S. 357 f., 373 ff.

[18] Vgl. Seite 42 und dortige Zitate.

solcher Vermögenskomplexe von einem Rechtssubjekt auf ein anderes sollen damit vereinfacht werden und so beitragen zur Erhaltung der in ihnen — und gerade im *Zusammenhang* der einzelnen Vermögensteile — enthaltenen wirtschaftlichen Werte. Zwar ist der schweizerische Gesetzgeber und mit ihm die Lehre noch nicht so weit gegangen, wie z. B. der italienische, das Unternehmen als Gegenstand einheitlicher, sachenrechtlicher Beherrschung anzuerkennen [19], wie es heute wohl den wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen würde. Bei der Übernahme nach OR 181 erfolgt deshalb der Übergang der einzelnen Vermögensbestandteile nach den für sie geltenden Regeln [20]. Die Übernahme der Passiven aber bedarf nicht der einzelnen Schuldübernahmeverträge mit den verschiedenen Gläubigern, sondern erfolgt gesamthaft von Gesetzes wegen. Praktisch sehr nahe [21] kommt dem Postulat der rechtlichen Einheit der Unternehmung die Fortsetzung infolge der besondern gesellschaftsrechtlichen und aus dem Prinzip der Gesamthandschaft fließenden Wirkungen.

II. Inhalt und Form des Übernahme- bzw. Fortsetzungsvertrages

1. a) *Inhaltlich* weisen die beiden Vorgänge in ihren *Essentialien*, wie schon einleitend festgestellt [22], eine sehr große Ähnlichkeit auf. Wirtschaftlich — und bekanntlich formulieren die Parteien ihre Verträge vorwiegend nach ihren wirtschaftlichen Wünschen — wollen eben beide genau das gleiche Ziel erreichen [23]: Das Geschäft einer Kollektivgesellschaft soll von den Gesellschaftern einem der ihren überlassen werden, damit dieser es fortführen kann. Das setzt ihren Verzicht auf den Anspruch

[19] Vgl. Gmür 118 und die dort Zitierten. Grundsätzlich zum Problem: Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.

[20] Siehe Seiten 24 ff., 28 ff. und 31 ff.

[21] Siehe Seiten 48 ff.

[22] Vgl. Seite 1.

[23] Vgl. Breitenbach 10.

auf Realauseinandersetzung voraus[24], wofür sie Anspruch haben auf eine Entschädigung, die gewöhnlich nach dem innern Wert der Unternehmung berechnet wird[25]. Der einzige Unterschied dieser beiden Vorgänge, dessen rechtliche Bedeutung gerade in dieser Arbeit dargestellt werden soll, liegt darin, daß in einem Falle der *Wille der Parteien* auf Übernahme, im andern Falle auf Fortsetzung geht. Dieser Wille ist nach den allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung (OR 18) aufzufinden, sodaß also nicht einmal der Wortlaut — «Fortsetzung» oder «Übernahme» — unbedingt ausschlaggebend ist. Im deutschen Recht kann auf die wörtliche Bezeichnung schon deshalb nicht abgestellt werden, weil beide Vorgänge (HGB 25 und 142), wie übrigens auch noch im aOR von 1937 (Art. 577 II und 578)[26], vom Gesetz als «Übernahme» bezeichnet werden[27]. Ebenso wenig bietet diesbezüglich, wie später zu zeigen sein wird, der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses — vor oder nach Auflösung der Gesellschaft — einen Anhaltspunkt, siehe Seite 17 f. Diese

---

[24] Im *Übernahmevertrag* ist m. E. neben dieser gegenseitigen Verpflichtung der *Gesellschafter* immer zugleich auch eine Verpflichtung der *Gesellschaft* zu erblicken, im gegebenen Zeitpunkt die notwendigen Verfügungen über die einzelnen Vermögensbestandteile vorzunehmen. Das übergehende Vermögen «gehört» nämlich, (trotzdem sie, obwohl rechtsfähig [OR 562], nicht Rechtsubjekt ist), der Gesellschaft — sie ist z. B. im Grundbuch als Eigentümerin der Grundstücke eingetragen —, und sie muß deshalb die einzelnen Vermögensbestandteile auf den übernehmenden Gesellschafter, der ihr daher als Dritter gegenübersteht, übertragen. (Vgl. dazu hinten S. 28 ff. und 31 ff., sowie allgemein dazu die Ausführungen über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft auf S. 44).

[25] Über die verschiedene Natur dieser Entschädigung bei der Übernahme und bei der Fortsetzung vgl. hinten S. 39 ff. und S. 53 ff.

[26] In der Schweiz wollte man mit der Änderung des Wortlautes gerade dokumentieren, daß die Fortsetzung durch einen Gesellschafter keinen Übernahmefall darstellt.

[27] In dieser Arbeit wird der Vorgang nach HGB 142 in der Folge mit «Fortsetzung» bezeichnet werden.

Schwierigkeit, die noch dadurch vergrößert wird, daß sich die Vertragsparteien über die Vorgänge oft selber nicht im klaren sind und sich deshalb entsprechend unklar ausdrücken (vgl. das Beispiel auf Seite 4 III. 1 und Anm. 6 S. 3), darf aber nicht dazu verleiten, den einen oder andern Vorgang zu «vermuten» [28]. Stets ist auf die gesamten Umstände abzustellen, wobei entscheidend sind in erster Linie die Beweggründe der Parteien und nicht die (im Grunde nicht gewollten) äußern Merkmale [29]. Selbstverständlich gelten die allgemeinen Vertragsregeln über Konsens, Vertretung, Willensmängel usw. [30].

b) Für die *Ausgestaltung der Verträge im einzelnen* steht den Parteien innerhalb von Recht und Sitte (OR 19) jede Möglichkeit offen [31]. Insbesondere können sie beide bedingt oder befristet sein [32]. Ist dies der Fall, so kann ein Gesellschafter mit Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist als zur Übernahme bzw. Fortsetzung nur berechtigt erklärt werden, wobei der Berechtigte nicht einmal bestimmt, sondern im gegebenen Zeitpunkt nur bestimmbar sein muß, z. B. der Kündigungsgegner. Es kann aber im Vertrag auch vorgesehen werden, daß der Übernehmer bzw. Fortsetzer nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist. Dies wird regelmäßig zutreffen bei Verträgen mit sofortiger Wirksamkeit, wenn also die Vereinbarung erst im Hinblick auf das Ausscheiden bzw. die Auflösung getroffen wird [33].

---

[28] Wie dies z. B. Hausherr 147, 149 tut, indem er ohne Begründung eine Vermutung für Fortsetzung statuiert; ihm folgend Mangold 75.

[29] Hausherr 147; vgl. dazu auch BGE 75. I. 275.

[30] Vgl. Komm. Hartmann Art. 552 N. 17 ff. (Willensmängel); Buchli 29, Des Gouttes 20 f., Hasler 76 f. BGE 60. II. 100 ff., 108; Komm. Weipert § 142 N. 22; Hueck 302.

[31] Vgl. Art. 557 OR. — Komm. Hartmann Art. 557 N. 1 ff.; Komm. Siegwart Art. 557 N. 1 ff., 576 N. 1. § 109 HGB. — Hueck 33.

[32] Vgl. dazu näheres Seite 17.

[33] Vgl. hierzu auch Komm. Hartmann Art. 579 N. 5.

Zulässig ist auch, daß gewisse Aktiven und Passiven ausdrücklich oder stillschweigend von der Übernahme oder Fortsetzung ausgeschlossen werden[34]; immerhin müssen die übergehenden Vermögensbestandteile noch ein einheitliches Geschäft darstellen[35]. Oft erstellen die Parteien bezüglich der übergehenden Aktiven und Passiven ein *Inventar,* das im Vertrag vermerkt wird[36]. Ist dies der Fall und wird der Übernahmepreis bzw. die Abfindungssumme auf Grund einer solchen eingehenden Gegenüberstellung der einzelnen Aktiv- und Passivposten berechnet, so muß m. E. angenommen werden, daß die Parteien alle Aktiven und Passiven — bekannte und unbekannte — die nicht in dieser Aufstellung figurieren, stillschweigend von der Übernahme bzw. Fortsetzung ausschließen wollten[37]. Würde dagegen eine *Pauschalsumme* vereinbart, was wegen der schwierigen Erfaßbarkeit der schwebenden Geschäfte[38] wenigstens teilweise nicht selten zutreffen wird, so müßte m. E. auch bei Bestehen eines Inventars angenommen werden, die Parteien hätten, abgesehen von den ausdrücklich ausgenommenen Vermögensbestandteilen, *alle* Aktiven und Passiven, also auch die unbekannten, übergeben bzw. beim Fortsetzer verbleiben lassen wollen[39]. Was im konkreten Fall anzunehmen ist, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Diese Lösung, daß, was nicht ausdrücklich

---

[34] Vgl. Komm. Hartmann Art. 574 N. 29; Komm. Becker Art. 181 N 3; v. Tuhr/Siegwart II. S. 844, Hasler 138, Des Gouttes 31; BGE 79 II. 290 ff.; SJZ 32 S. 282 (202). BGE 60. II. 104; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 N. 2; Wieland 263.

[35] Vgl. Komm. Oser Art. 181 N. 5; Des Gouttes 23; Buchli 26, 29, 52. Komm. Weipert § 142 N. 23; Komm. Würdinger § 25 Anm. 7; Komm. Staub-Bondi § 25 N. 3.

[36] Buchli 39.

[37] Vgl. dazu Buchli 47, Breitenbach 79.

[38] Vgl. Breitenbach 80, sowie allgemein dazu bezüglich der Fortsetzung Moser 79 ff.

[39] Vgl. Breitenbach 79.

oder stillschweigend ausgenommen wurde, übergehen soll, findet ihre innere Rechtfertigung. Es ist dem *Veräußerer* viel eher zuzumuten, diejenigen Teile des Geschäftes vom Übergang auszuschließen, die er behalten möchte, als daß der Übernehmer, der ja in der Regel nicht weiß, was alles zum Geschäft gehört, jeden einzelnen Geschäftsteil, der übergehen soll, bezeichnen muß. Da dies auch dem übernehmenden *Gesellschafter*, der zwar in der Regel über das Geschäft besser Bescheid weiß, als ein übernehmender Dritter, nicht zugemutet werden kann, besteht kein Grund, für unsern Spezialfall von diesem Grundsatz abzuweichen. Die gleiche Überlegung gilt für den *fortsetzenden* Gesellschafter.

Festzuhalten ist aber, daß alle die vertraglichen Abreden, wie auch weitere, z. B. allgemeine Übernahme- oder Fortsetzungsbedingungen [40], Vereinbarung der Weiterführung der Firma [41] usw. vorläufig nur Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien begründen [42]. Dritten gegenüber werden sie erst mit der Mitteilung, bzw. Bekanntmachung nach außen rechtswirksam [43].

2. Über die *Form* der beiden Verträge soll vorläufig gesagt werden, daß, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag für sie ein besonderes Quorum vorsieht [44], Einstimmigkeit herrschen muß[45]. Ob die Vereinbarung im übrigen, soweit sie Grund-

[40] Vgl. Komm. Siegwart Art. 579 N. 2, 548/50 N. 49; SJZ 40 S. 158 f. (99); Komm. Weipert § 142 N. 20.

[41] Vgl. Komm. Staub-Bondi § 24 N. 3 ff.

[42] Komm. Becker Art. 181 N. 33, Buchli 39.

[43] Vgl. Komm. Oser Art. 181 N. 4. v. Tuhr/Siegwart II. S. 845; Des Gouttes 31. (BGE 60. II. 100 ff); SJZ 49 S. 310 (125).; Komm. Staub-Bondi § 25 N. 17.

[44] Im Grunde genommen erfolgt auch hier der Verzicht auf die Realauseinandersetzung einstimmig, allerdings bedingt dadurch, daß im gegebenen Moment das vorgesehene Quorum erreicht wird.

[45] Vgl. Art. 557 II OR in Verb. mit 534 I und II OR, sowie Art. 653 ZGB; Flachsmann 10/11; Breitenbach 12, Job 64 f. — § 119 I und II HGB. Hueck 193, 104, 110 ff., 305 f.

stücke erfaßt, in der für diese vorgesehenen Form abzuschliessen ist [46], kann erst entschieden werden, wenn Klarheit gewonnen ist über die juristische Natur der Übernahme bzw. Fortsetzung [47].

III. Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses [48]

1. Daß die Übernahme- bzw. Fortsetzungsvereinbarung *vor der Auflösung* der Gesellschaft abgeschlossen werden kann, ist seit jeher anerkannt [49]. Dies kann entweder schon im Gesellschaftsvertrag selber oder in einer späteren Zusatzvereinbarung zu diesem erfolgen.

In diesen Fällen werden Übernahme oder Fortsetzung regelmäßig befristet oder bedingt sein. Der *Übernahme- bzw. Fortsetzungsfall* kann z. B. geknüpft sein an die Erreichung eines Zweckes, an den Ablauf einer bestimmten Frist, an die Kündigung durch einen Gesellschafter, an das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sowie ganz generell an jeden Auflösungsgrund [50], oder aber überhaupt erst an eine Erklärung des Berechtigten, die er nach Eintreten einer dieser Voraussetzungen

---

[46] Grundsätzlich herrscht Formfreiheit, OR 11 I. — Vgl. Komm. Oser, Art. 181 N. 6; Komm. Hartmann Art. 552 N. 9.; v. Tuhr/Siegwart II. S. 844 f., Buchli 28 f., Bühler 23, Schweizer 39, Des Gouttes 27 f., Vaucher 45 f.

[47] Vgl. hinten Seite 24 ff. und S. 48 ff.

[48] In diesem Abschnitt wird auf gewisse Unterschiede zwischen Übernahme und Fortsetzung hinzuweisen sein, die ausführlich und im Zusammenhang erst im folgenden Paragraphen zur Sprache kommen werden.

[49] Vgl. Komm. Hartmann Art. 574 N. 29, 579 N. 5; Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 45, 574 N. 12, 576 N. 2. Breitenbach 11, Schweizer 4 f. 64 f. BGE 75. I. 274 ff. = ZBGR 31 S. 54 ff.; BGE 69. II 119 f; SJZ 40 S. 158 f. (99).; Wieland 651, Hueck 305 f., 309, Höhn 15.

[50] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 5; Komm. Siegwart Art. 576 N. 1, 579 N. 2; Komm. Becker Art. 181 N. 3. Schweizer 4 f.;Komm. Weipert § 142 N. 20, N. 22; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 N 9 f.; Hueck 33, 302 und insbes. 309, Mandelbaum 21 f. RGE 114 S. 393; 92 S. 165 f. — In Deutschland hat auch die politische Verfolgung als Voraussetzung eine Rolle gespielt: Godin in NJW 1951 S. 339 ff. u. a.

abgeben darf [51]. Gibt er diese nicht innert angemessener (oder zum voraus bestimmter Frist ab, so tritt der Übernahme- oder Fortsetzungsfall gar nicht ein [52]. Liegt ein Auflösungsgrund vor, so ist die Gesellschaft zu liquidieren, oder von allen Gesellschaftern fortzusetzen, wie wenn nichts geschehen wäre.

2. a) Ebenso wenig bestritten ist, daß die *Übernahme nach der Auflösung* noch vereinbart werden kann [53], da ja der Eintritt des Übernahmefalles die Auflösung zwingend voraussetzt [54]. Dies entspricht der schon früher [55] dargelegten ratio von Art. 181 OR. Auch im Liquidationsstadium ist die Gesamtveräußerung oft sehr viel günstiger [56]. Das Prinzip der Werterhaltung zum Wohl der Volkswirtschaft gilt auch hier. Der Gesetzgeber hat denn auch in OR 585 III die Möglichkeit der Veräußerung des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch die *Liquidatoren* ausdrücklich vorgesehen. Die gleiche Kompetenz wird den Liquidatoren aus den obigen allgemeinen Überlegungen auch im deutschen Recht zuerkannt, obwohl dort eine diesbezügliche positive Norm fehlt [57].

b) a*) Nicht ganz gleich verhalten sich die Dinge bei der

---

[51] Vgl. Komm. Hartmann Art. 576 N. 3, 579 N. 5. Schweizer 3; Komm. Weipert § 142 N. 22 f.; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 9 f.; Hueck 303.

[52] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 5; 574 N. 29, 576 N. 7; SJZ 40 S. 158 (99); Komm. Weipert § 142 N. 23 Abs. 2; Hueck 303.

[53] Vgl. Komm. Hartmann Art. 592 N. 5; Komm. Siegwart Art. 574 N. 12, 591/93 N. 7. Breitenbach 12. BGE 46. II. 468 = ZR 20 Nr. 118: S. 238; Heubach 39. Vgl. auch Literatur unter Anm. 49 auf Seite 17.

[54] Das gilt auch für den in der vorhergehenden Ziffer (S. 17 f.) behandelten Vertragsabschluß *vor* Auflösung. Ist z. B. der X nach Ablauf einer bestimmten Frist zur Übernahme verpflichtet, so endet die Gesellschaft tatsächlich mit Eintritt des Übernahmefalles, logisch aber unmittelbar vorher. In einer solchen Klausel liegt zugleich eine Befristung der Gesellschaft.

[55] Siehe S. 11 f.

[56] Vgl. Job 79.

[57] Vgl. Komm. Weipert § 149 N. 19; Hueck 332 (3.)

Fortsetzung nach der Auflösung. Aufgabe der Liquidatoren ist es, die Vermögenswerte der Gesellschaft zu versilbern, die vermögensrechtliche Seite der Gesellschaft zu beenden, zu liquidieren. Eine Form dieser Beendigung bildet die in OR 585 III vorausgesetzte Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter oder einen Dritten gemäß OR 181 zu einem Gesamtübernahmepreis.

Bei der Fortsetzung dagegen handelt es sich nicht um die Beendigung der vermögensrechtlichen Seite der Gesellschaft. Hier bleibt normalerweise die Gesellschaft bestehen. Tritt der Fortsetzungsfall erst im Liquidationsstadium ein, muß die Auflösung rückgängig gemacht werden. Nur im Falle, wo nur einer fortsetzt, kann diese Reaktivierung nicht stattfinden, da die Mindestzahl der Gesellschafter nicht mehr vorhanden ist; die Gesellschaft bleibt aufgelöst. Deswegen handelt es sich bei diesem Sonderfall aber nicht etwa um ein Beenden, ein Liquidieren, sondern ebenfalls um ein Fortsetzen [58]. Mit Recht hat deshalb der Gesetzgeber davon abgesehen, die Liquidatoren zu ermächtigen, eine Fortsetzung zu beschließen, soweit reicht ihre gesetzliche Vertretungsbefugnis nicht [59]. Ausscheiden und Fortsetzen sind gesellschaftliche Vorgänge, die nur die Gesellschafter beschließen können [60].

b*) Daß aber eine Fortsetzungsvereinbarung im Liquidationsstadium überhaupt noch möglich sei, ist lange Zeit bestritten worden [61], und zwar vor allem mit dem Argu-

---

[58] Vgl. BGE 75. I. 275 = ZBGR 31 S. 54 ff.

[59] Vgl. hiezu SJZ 46 S. 192 f (71).

[60] In allen Fällen — und sie bilden die Regel, OR 583 I —, wo die Gesellschafter Liquidatoren sind, stellen sich natürlich diese Fragen gar nicht, da dann der Liquidatorenbeschluß zugleich ein Gesellschaftsbeschluß ist.

[61] Vgl. Flachsmann 76 unten, Ritter in ZHR 69 S. 293 ff., der diese falsche Auffassung darlegt und diesbezüglich verweist auf: RGE 74 S. 62; JW 1910 S. 832 Nr. 65. — Breitenbach S. 11 ist anscheinend heute noch dieser Auffassung.

ment, fortgesetzt werden könne nur etwas noch Bestehendes nicht etwas Aufgelöstes. Selbst wenn die Auflösung rückgängig gemacht werde, entstehe etwas Neues. Diese Argumente scheinen mir von der Voraussetzung auszugehen, Gesellschaft und Geschäft seien identische Begriffe, was gerade in der Alltagssprache oft fälschlicherweise angenommen wird. Das trifft aber nicht zu; denn die Gesellschaft ist lediglich die Rechtsform, unter der das Geschäft betrieben wird; oder anders ausgedrückt: Das Geschäft ist die wirtschaftliche Verkörperung des Gesellschaftszweckes [62].

Was nun im Falle von OR 579 fortgesetzt werden soll, ist nicht «etwas Aufgelöstes», nämlich die Gesellschaft, sondern «etwas Bestehendes», das Unternehmen. Erhalten bleiben soll hier nicht etwa die rechtliche Form, die personenrechtliche Gemeinschaft, sondern die vermögensrechtliche Einheit [63]. Das kann aber solange geschehen, als die beginnende Liquidation das Geschäft nicht auseinandergerissen hat. Es ist auch gar nicht einzusehen, weshalb nicht noch bei der Gesellschaft in Liquidation das Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter vereinbart werden kann. Die gegenteilige Auffassung würde ja dazu führen, daß, wenn sämtliche Gesellschafter nach erfolgter Auflösung übereinkommen, die Gesellschaft nun doch fortzusetzen, sie das nicht durch bloße Reaktivierung tun könnten, sondern die Gesellschaft neu gründen und das Geschäft von der «alten» übernehmen müßten! Zudem darf man nie vergessen, daß sich die Gesellschaft z. B. durch Tod eines Gesellschafters (OR 545 II in Verbindung mit OR 574 I), völlig unabhängig von den Gesellschaftern, auflösen kann. Und da soll ihnen die Fortsetzung verwehrt sein und sie sollen all die sich daraus

[62] Vgl. Komm. Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 2.

[63] Vgl. hiezu Komm. Hartmann Art. 579: N. 2; Hausherr 79; Komm. Düringer-Hachenburg § 142 Anm. 1; Mertz 63 f.; Alexander-Katz in ZHR 70 S. 82; vgl. auch v. Gierke in ZHR 111 S. 1 ff., insbes. 13 f.

ergebenden Konsequenzen ziehen müssen, nur weil sie nicht früher daran gedacht haben, für diesen Fall Fortsetzung zu vereinbaren (vgl .OR 576)? Die Frage stellen, heißt sie beantworten, und zwar auch für den Fall, wo nur einer fortsetzt [64]. Hier allerdings bleibt die Gesellschaft aufgelöst, aber nicht etwa, weil sie infolge der Auflösung nicht mehr fortgesetzt werden könnte — bei der Fortsetzung durch mehrere wird die Auflösung einfach rückgängig gemacht, genau gleich wie wenn sämtliche Gesellschafter nach der Auflösung doch fortzusetzen wünschen —, sondern weil unser Gesetz eine Einmannpersonengesellschaft nicht kennt (OR 530 = BGB 507). Übrigens sieht das Gesetz selber in OR 579 II, so wie die Praxis diese Bestimmung handhabt, einen Fall von Fortsetzung *nach* erfolgter Auflösung vor. Auch das Bundesgericht verfügt nicht etwa *statt* der Auflösung die Fortsetzung des Geschäftes durch denjenigen Gesellschafter, in dem der wichtige Grund nicht gegeben ist, sondern löst die Gesellschaft auf und berechtigt diesen fortzusetzen [65]. Die Fortsetzung tritt dann mit der Erklärung des Berechtigten, er wolle fortsetzen, ein, also *nach* der Auflösung.

Mit Recht hat deshalb die jüngere Doktrin und Praxis die Möglichkeit einer Fortsetzungsvereinbarung im Liquidationsstadium bejaht [66].

---

[64] Denn daß auch das ein Fall der *Fortsetzung* ist, wurde bereits vorne auf S. 1 f. festgestellt. Es geht hier um *diese* Frage und nicht um jene nach der Zulässigkeit der Fortsetzung im *Liquidationsstadium*.

[65] Vgl. BGE 67. I. 246 ff.

[66] Vgl. Komm. Hartmann Art. 576 N. 1; Komm. Siegwart Art. 576 N. 2, Hausherr 91, Kramer 53 ff.; Mangold 73, BGE 70. II. 56 f, ZR 40 Nr. 91 Erw. 2, SJZ 46 S. 192 f. (71); Komm. Staub-Pinner § 138 N. 7; Komm. Weipert § 142 N. 5 (Schluß), Komm. Düringer-Hachenburg § 145 N. 9; Wieland 723 ff., 715 Anm. 9, Hueck 225 f., 227, 303; Heubach 50 f., Höhn 16 ff., Kahn 26 ff., Trantow 12, BGHZ 1 S. 324 ff., insbes. 330 Erw. 3 ff. = NJW 1950 S. 185 Erw. 3, RGE 169 S. 155, Ritter in ZHR 69 S. 292 ff.

§ 3 Die Übernahme und die Fortsetzung

Die Darstellungen über Übernahme und Fortsetzung können nur richtig verstanden werden, wenn man sich stets ihre gesetzessystematische Stellung vor Augen hält.

Die *Fortsetzung* des Geschäftes durch *einen* Gesellschafter ist nur ein Spezialfall des Ausscheidens von Gesellschaftern. Grundsätzlich gelten deshalb auch für diesen Spezialfall die allgemeinen Regeln über das Ausscheiden [1].

Die *Übernahme* des Geschäftes durch einen *Gesellschafter* anderseits ist im schweizerischen Recht als Spezialfall der Schuldübernahme geregelt. Er ist es auch im deutschen Recht, obwohl die entsprechende Norm (§ 25 HGB) im Handelsgesetzbuch im Abschnitt über die Handelsfirma zu finden ist [2]. Deshalb sind hier immer auch die allgemeinen Regeln über die Schuldübernahme zu berücksichtigen.

Die Besonderheit liegt im ersten Fall darin, daß nur *ein* Gesellschafter fortsetzt, alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden und sich die Gesellschaft deshalb von Gesetzes wegen auflöst. Das Gesellschaftsunternehmen wird zwangsläufig zum Einzelunternehmen.

Die Besonderheit im zweiten Fall dagegen besteht, außer in gewissen Modifikationen des allgemeinen Schuldübernahmerechts, darin, daß ein [3] *Gesellschafter* (nicht ein Dritter) das Geschäft übernimmt. Allerdings ist dabei zu beachten, daß der übernehmende Gesellschafter, soweit sein Verhältnis zur Gesellschaft als frühere «Inhaberin» des Geschäftes in Frage steht, *wie* ein Dritter behandelt werden muß [4].

---

[1] Vgl. vorne S. 4 (2. b. b*.) und hinten S. 55 f.

[2] Vgl. Wieland 278 ff., Larenz 278.

[3] Oder mehrere; das macht am rechtlichen Vorgang nichts aus; vgl. S. 4 (2. b. a*.).

[4] Vgl.. dazu die Ausführungen über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft hinten S. 44 f. Über die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung siehe vorne S. 9 f.

A. Die Übernahme

I. Die Auflösung der Gesellschaft

1. Die Übernahme des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft setzt begrifflich, wie schon im vorhergehenden Paragraphen festgestellt, die Auflösung der Gesellschaft voraus. Deshalb liegt im Übernahmevertrag, wenn er nicht erst nach eingetretener Auflösung abgeschlossen wird, immer zugleich eine Bedingung oder Befristung der Gesellschaft oder ein Auflösungsbeschluß [5].

2. a) Mit der Auflösung entsteht bei den Gesellschaftern der Anspruch auf Auseinandersetzung des Gesamthandvermögens und anschließender Verteilung des Erlöses. Unter der Auflösung wird nämlich nicht die völlige Beendigung der Gesellschaft verstanden, sondern erst der Eintritt des Rechtsgrundes, der das Beendigungsverfahren ermöglicht. Das Geschäft, die vermögens- und personenrechtlichen Beziehungen bleiben bestehen; es ändert sich nur der Zweck der Gesellschaft [6]: Die Gesellschaft soll nicht mehr eine erwerbende Tätigkeit ausüben, sondern sie soll beendigt werden. Zufolge der Auflösung tritt die Gesellschaft ins Auseinandersetzungs- oder Liquidationsverfahren ein, dessen Ziel die völlige Beendigung der Gemeinschaft und des Geschäftes ist [7].

   b) An Stelle dieser Auseinandersetzung des Gesamthandvermögens tritt bei Vorliegen eines Übernahmevertrages die Übernahme [8]. Zweck der aufgelösten Gesellschaft ist damit nicht mehr die Realauseinandersetzung, sondern die Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile an den Übernehmer. Mit dem Abschluß dieser Ver-

---

[5] Siehe darüber die näheren Ausführungen vorne auf Seite 17.

[6] Vgl. Komm. Haab Art. 653—54 N. 14, Flachsmann 88, Jenny Max 38, Mangold 40 f., Hueck 16 f., Haack 55, Höhn 7.

[7] Vgl. Schweizer 12, BGE 70. II. 56, Hueck 217, Junck in Jhr. Jb. 77 S. 307.

[8] Vgl. Mangold 42.

fügungen sind die gesamthänderischen Berechtigungen der Gesellschafter am Geschäftsvermögen untergegangen; die Gesellschaft ist beendet und im Handelsregister zu löschen. Mit Recht wird deshalb die Übernahme mit Aktiven und Passiven auch als ein die Liquidation ausschließender Beendigungsgrund der Gesellschaft bezeichnet [9]. Die Ansicht Hausherrs [10], es müsse vor der Übernahme liquidiert werden, scheint mir unrichtig, es sei denn er wolle damit sagen, die rechtliche Form müsse «liquidiert» werden; dies ist aber nicht die Liquidation, sondern die Auflösung der Gesellschaft. Ebenso ist Hartmann [11] ungenau, wenn er sagt, die Übernahme trete an Stelle der Auflösung, denn die Übernahme des Geschäftes durch einen Gesellschafter nach OR 181 setzt, wie schon gesagt, die Auflösung der Gesellschaft voraus.

II. Begriff und Wesen der internen Übernahme

Die Übernahme des Geschäftes einer (aufgelösten) Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter mit Aktiven und Passiven gemäß OR 181 und HGB 25 III besteht aus der internen Übernahme der Aktiven und Passiven [12] auf Grund eines Vertrages *und* der Veröffentlichung oder Mitteilung an die Gesellschaftsgläubiger. Ohne diese tritt in der Haftung der Gesellschafter den Gläubigern gegenüber keine Änderung ein [13]. Es entstehen lediglich interne Veränderungen zwischen den Gesellschaftern, die ja in diesem Paragraphen vor allem darzustellen sind. Dabei ist die interne Übernahme der Pas-

[9] Komm. Hartmann Art. 579 N. 2, 592 N. 4 f.

[10] Hausherr 148.

[11] Komm. Hartmann 574 N. 28.

[12] *Welche* Aktiven und Passiven zum Geschäft gehören, ist Tatbestandsfrage. Es wird dabei auf die Geschäftsbücher, Kaufverträge, Inventare usw. abzustellen sein (vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 23); über die Passiven vgl. Buchli 21.

[13] Vgl. dazu hinten S. 48 ff. — Im deutschen Recht allerdings kann eine Haftung des Übernehmers des Vermögens auch auf Grund von BGB 419 ohne Bekanntmachung der Übernahme in den äußerst seltenen Fällen entstehen, in denen der Anteil am Handelsgeschäft das

siven von der Übernahme der Aktiven zu unterscheiden, da es sich innerhalb der Geschäftsübernahme um zwei grundsätzlich verschiedene Vorgänge handelt.

1. Die interne Übernahme der Passiven

Die Passiven gehen intern mit Eintritt des Übernahmefalles[14] insoweit auf den Übernehmer über, als sie im Übernahmevertrag nicht ausdrücklich oder stillschweigend[15] ausgenommen wurden[16]. Was heißt nun aber «interner Übergang» bzw. «interne Übernahme» der Passiven? M. E. sind diese Ausdrücke terminologisch ungenau und bedürfen deshalb einer Klarstellung[17]:

Unter dem «Übergang» bzw. der «Übernahme» einer Schuld kann m. E. richtigerweise nur der Eintritt eines — wenigstens formell[17a] — neuen Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und altem Schuldner an Stelle

---

ganze Vermögen der Veräußerer darstellt, allerdings unter Beschränkung der Haftung auf das übernommene Vermögen. Vgl. Palandt § 419 Anm. 3b, Larenz 278, Komm. Würdinger § 25 N. 25 f., Komm. Schlegelberg § 25 N. 5, Komm. Staub-Bondi § 25 N. 24, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 30, Heubach 46, RGE 69 S. 290, Wieland 283 f.

[14] Vgl. darüber vorne S. 17.

[15] Vgl. dazu S. 16; schon hier sei aber festgehalten, daß die *Haftung des Übernehmers nach außen* nur für jene Gesellschaftsschulden nicht eintritt, die in der Mitteilung ausdrücklich ausgenommen wurden. (Vgl. darüber ausführlich hinten S. 62 f.).

[16] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 3 und 26, v. Tuhr/Siegwart II. S. 844, Buchli 25 ff.

[17] Viele Unklarheiten und Ungenauigkeiten in den Arbeiten über diese Probleme scheinen mir darauf zurückzuführen zu sein, daß man sich nicht klar bewußt war, worin diese «interne Schuldübernahme» tatsächlich besteht. Ich verweise für viele auf Bühler, der auf S. 30 schreibt: «Die Mitteilung soll die Gläubiger davon *benachrichtigen*, daß ein Schuldübergang von Gesetzes wegen erfolgt ist» und auf S. 42: «Der Schuldübergang ist eine reine Legalfolge, . . . Er tritt ein, sobald die Kundgabe an die Gläubiger stattgefunden hat». Es ist offensichtlich, daß hier zwei verschiedene Schuldübergänge gemeint sind, wovon, wie aus den obenstehenden Ausführungen hervorgeht, m. E. nur der zweite «von Gesetzes wegen» erfolgt.

17a Vgl. S. 9.

des letzteren oder neben diesen (kumulative Schuldübernahme, Schuldmitübernahme, Schuldbeitritt) verstanden werden. Es ist denn auch allgemein anerkannt [18], daß das Befreiungsversprechen (Erfüllungsübernahme) des Art. 175 OR, obwohl unter dem Marginale «Schuldübernahme» geregelt, keine eigentliche Schuldübernahme mit einem Übergang der Schulden auf den Versprechenden darstellt, da dieser dem Versprechensempfänger lediglich verspricht, ihn durch privativen Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger oder durch Tilgung der Schuld zu befreien. Noch irreführender ist deshalb die Bezeichnung des entsprechenden internen Vorgangs bei der Geschäftsübernahme mit «Übernahme» der Passiven; denn der Übernehmer des Geschäftes ist im Gegensatz zum «neuen» Schuldner bei der «internen Schuldübernahme», wie Becker den Vertrag gemäß OR 175 nennt [19], nicht einmal verpflichtet, seine ehemaligen Mitgesellschafter von der Haftung für die Gesellschaftsschulden zu befreien [20], sondern lediglich dazu, durch Vornahme der hierfür vom Gesetz vorgesehenen Handlungen den bestehenden Schuldverhältnissen mit den verschiedenen Gläubigern als solidarisch verpflichteter Mitschuldner [21] beizutreten [22]. Erst mit Vornahme dieser Hand-

[18] Vgl. Komm. Oser Art. 175/83 N. 3 und 175 N. 1 ff..

[19] Becker Art. 175 N. 1 ff.

[20] Daß der Übernehmer, sobald einer der ehemaligen Mitgesellschafter für eine intern übernommene Schuld in Anspruch genommen worden ist, diesen im Umfange seiner Leistung schadlos halten muß, kommt nicht etwa aufs Gleiche heraus, wie wenn er ihn befreien müßte; denn er muß nicht nach der Übernahme jeden Gläubiger, der sich weigert mit ihm einen privativen Schuldübernahmevertrag abzuschließen, sofort befreien, sondern ist nur zu zahlen gezwungen, soweit seine ehemaligen Mitgesellschafter schon in Anspruch genommen wurden.

[21] Wobei es sich bei der Übernahme durch einen Gesellschafter, wie schon auf S. 9 angedeutet, nicht um den Beitritt eines materiell neuen Schuldners handelt, da er ja für diese Verbindlichkeiten, ebenfalls subsidiär mit seinen ehemaligen Mitgesellschaftern, schon als Gesellschafter noch während einer bestimmten Zeit haftet.

[22] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 27, Komm. Oser Art. 181 N. 2.

lungen, also der Veröffentlichung oder Mitteilung an Stelle der nach den allgemeinen Regeln erforderlichen Schuldübernahmeverträgen mit den einzelnen Gläubigern (OR 176), «gehen die Passiven von Gesetzes wegen über», d. h. tritt der Geschäftsübernehmer als solcher [23] den bestehenden Schuldverhältnissen zwischen der Gesellschaft (und hinter ihr den einzelnen Gesellschaftern) und den Gläubigern bei und «übernimmt» diese Verbindlichkeiten nach zwei Jahren wiederum von Gesetzes wegen endgültig allein. In diesem Sinne, aber nur in diesem, kann man also von einer *Universalsukzession bezüglich der Passiven* reden. Unter der «internen Übernahme der Passiven ist somit nicht eine eigentliche Schuldübernahme

---

Diese Lösung drängt sich m. E. vor allem aus praktisch-wirtschaftlichen Gründen auf, wäre doch die sofortige, gleichzeitige Erstattung des Übernahmepreises, hier also Abfindung der ehemaligen Mitgesellschafter (vgl. dazu hinten S. 39 f.) und der Gläubiger, die den Übernehmer nicht als alleinigen Schuldner anerkennen wollen, für das übernommene Geschäft oft eine untragbare Belastung. Den Gläubigern ist mit der solidarischen Verpflichtung von Übernehmer und Veräußerer gedient, und diesen steht es natürlich frei, die Befreiungspflicht im konkreten Vertrag ausdrücklich vorzusehen; sie gehört aber nicht schon zu den Verpflichtungen des Übernahmevertrages an sich.

Dies ist anscheinend auch die Auffassung der deutschen Doktrin zur Übernahme nach HGB 25 III (vgl. Komm. Würdinger § 25 N. 21, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 11 Schluß), obwohl nicht übersehen werden darf, daß sich der deutsche Gesetzgeber die obenstehende gesetzgebungspolitische Überlegung nicht oder nicht konsequent gemacht haben kann, da er für den Fall des Ausscheidens, auch des Ausscheidens bis auf einen (vgl. Komm. Weipert § 142 N. 18), im Gegensatz zum schweizerischen Recht (vgl. dazu hinten S. 43 oben), ausdrücklich die Pflicht des oder der Fortsetzenden statutiert hat, die ausscheidenden Gesellschafter zu befreien (BGB 738, der hier entsprechend Anwendung findet; vgl. Staub-Pinner, Anhang zu § 141 Anm. 10 a. A.; Komm. Weipert § 142 Anm. 18 a. A.), obwohl natürlich die Belastung des Fortsetzenden genau die gleiche ist, wie die des Übernehmers (worauf auch Staub-Pinner Anhang zu § 141 Anm. 10 a. E. hinzuweisen scheint).

[23] Siehe Anmerkung 21 auf Seite 26.

zu verstehen, sondern lediglich die interne Belastung des Vermögens des Übernehmers mit den Passiven unter deren gleichzeitiger Anrechnung auf den Übernahmepreis sowie dessen Versprechen, dafür zu sorgen, daß er wirklicher Schuldner dieser Verbindlichkeiten werde, d. h. die Haftbarkeit gegenüber den Gläubigern eintrete[24]. Es handelt sich also bei diesem «Vorgang» um rein obligatorische Abmachungen zwischen den Parteien des Übernahmevertrages, die im Augenblicke des Übernahmefalles, wie wir ihn weiter vorne umschrieben haben[25], wirksam werden.

2. Der Übergang der Aktiven

Im Gegensatz zum Übergang von Schulden, der nach den allgemeinen Bestimmungen (OR 176) durch Vertrag zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger, also einem am Geschäftsübernahmevertrag nicht beteiligten Dritten, erfolgt, sehen die allgemeinen Regeln über den Übergang von Aktiven keine Mitwirkung von Dritten vor. Insbesondere erfolgt der Übergang von Forderungen ohne Zustimmung des Schuldners (OR 164 I) durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger (wobei der Schuldner allerdings, solange er davon keine Kenntnis hat, mit befreiender Wirkung noch an den alten Gläubiger zahlen kann, OR 167), sodaß jener diesem seine sämtlichen Forderungen gegen alle Schuldner des Geschäftes in einem einzigen Akt abtreten kann. Es treten also beim Übergang einer Mehrheit von Aktien als rein interner Vorgang zwischen Geschäftsübernehmer und Geschäftsveräußerer nicht die gleichen Komplikationen auf, wie sie nach den allgemeinen Regeln beim Übergang einer Mehrheit von Passiven mit verschiedenen Gläubigern infolge deren notwendigen Mitwirkung eintreten würden. Der Gesetzgeber hat es deshalb nicht für notwendig erachtet, für den Übergang der *Geschäfts*aktiven besondere Regeln aufzustellen, wie er

[24] Neben der weiter bestehenden Haftbarkeit als Gesellschafter, vgl. Anmerkung 21 auf Seite 26.

[25] Siehe vorne S. 17.

dies für den Übergang der Passiven getan hat, indem er in OR 181 und HGB 25 III, um dem Erfordernis von Schuldübernahmeverträgen mit jedem einzelnen Gesellschaftsgläubiger zu entgehen, deren gesamthaften Übergang von Gesetzes wegen angeordnet hat.

Für den Übergang der Aktiven sind somit die allgemeinen Normen über die Besitz- und Rechtsübertragung anzuwenden. Das heißt aber, daß die verschiedenen Bestandteile des Geschäftes einzeln und in den dafür vorgesehenen Formen von der Gesellschaft auf den übernehmenden Gesellschafter zu übertragen sind; es gilt für den Übergang der Aktiven das Prinzip der *Singularsukzession*[26]. Mit Eintritt des Übernahmefalles gehen somit, soweit überhaupt übertragbar[27] oder nicht von der Übernahme ausgeschlossen[28], nur jene Aktiven ohne weiteres über, die zur Übertragung keiner Form bedürfen. In Bezug auf alle andern wird — wiederum unter Vorbehalt der Übertragbarkeit und des Ausschlusses — lediglich die Verpflichtung der Veräußerer zur Vornahme der einzelnen Übertragungshandlungen fällig.

Universalsukzession[29] bezüglich der Aktiven — wie sie in der bei uns heute noch gesetzgeberisches Postulat bildenden Behandlung der Unternehmung als Gegenstand einheitlicher sachenrechtlicher Beherrschung vorliegen würde[30] — kommt

---

[26] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 22, Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 45 ff., Bühler 52 ff., Flachsmann 76 ff., Früh 125 f., Hasler 135, Hausherr 151, Jenny Max 36, Kramer 24 f., Mangold 72, 76 f., ZBGR 32 S. 186 ff. Vgl. für das deutsche Recht: Komm. Schlegelberger § 25 N. 21, § 22 N. 6, Wieland 264 f., Hueck 310, Heubach 41 f., Kühnlenz 54, Strunz 18 f., RGE 70 S. 231.

[27] Vgl. dazu Buchli 7, Bühler 4.

[28] Vgl. dazu vorne S. 15.

[29] Das Bundesgericht betrachtete früher (BGE 19 S. 259 ff.), die Geschäftsübernahme als Universalsukzession. Diese Auffassung wird heute allgemein verworfen; vgl. dazu Anmerkung 26 oben.

Auch in Deutschland wird Gesamtrechtsnachfolge abgelehnt; siehe darüber die oben in Anmerkung 26 zitierten deutschen Autoren.

[30] Vgl. vorne S. 11 f.

schon deshalb nicht in Frage, weil Gesamtnachfolge nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen angenommen werden darf [31]. Eine solche Betrachtungsweise sähe völlig daran vorbei, daß eben OR 181 und HGB 25 III lediglich eine besondere Art der *Schuld*übernahme regeln. Mehr darf in diese Bestimmung, so wünschenswert es manchmal schiene, nicht hineingelesen werden.

An dieser letzten Feststellung scheitert übrigens auch die Annahme der *Anwachsung* [32] der Aktiven an den Übernehmer. Es handelt sich beim Vorgang der Übernahme eines Geschäftes nicht um ein Ausscheiden der übrigen Gesellschafter aus der Gesamthandschaft, sodaß nur noch der Übernehmer als (schon vorher auf das Ganze) Berechtigter verbleibt [33], sondern hier übernimmt ein Dritter — als solcher gilt in diesem Falle auch der übernehmende Gesellschafter [34] — das Geschäft mit samt den Passiven von der aufgelösten Gesellschaft, gewöhnlich auf Grund eines Kaufvertrages [35]. Es findet also eine Handänderung von der Gesellschaft, die sich dazu im Übernahmevertrag verpflichtet hat [36] und verpflichten konnte (OR 562) [37], auf den Übernehmer statt [38], für die lediglich be-

[31] Vgl. v. Tuhr/Siegwart II. S. 818 [5], Tuor 290 ff.

[32] Vgl. ausführlich über die Anwachsung hinten S. 46 ff.

[33] Vgl. dazu hinten S. 55 ff.

[34] Vgl. die einleitenden Bemerkungen zu diesen Paragraphen vorne S. 22, sowie über die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern S. 9 f.

[35] Wenn er auch vielfach nicht so genannt sein wird. Daß die entgeltliche Übernahme als solche aber nicht einen Vertragstypus sui generis — neben dem Kauf — darstellt, wird unter Ziff. IV dieses Paragraphen (S. 39) zu zeigen versucht werden.

[36] Vgl. vorne Anm. 24 auf S. 13.

[37] Vgl. dazu die Ausführungen über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft hinten S. 44.

[38] Das bedeutet z. B., daß in fiskalischer Hinsicht, auch beim Übergang des Geschäftes der Gesellschaft auf einen *Gesellschafter*, also auf einen daraus schon Berechtigten und schon Verpflichteten, die *Handänderungssteuer* geschuldet ist, sofern in den kantonalen Steuergesetzen eine solche Steuer vorgesehen ist und nicht für den Fall der

züglich des Überganges der mit dem Übernahmeobjekt verbundenen Passiven eine von den allgemeinen Schuldübernahmebestimmungen abweichende Regelung geschaffen wurde, somit also in Bezug auf die Aktiven die allgemeinen Handänderungsregeln gelten.

III. Die Formen der Verfügungen über die einzelnen Aktiven und der Verpflichtungen dazu

1. Die im Vorgehenden gemachte Feststellung [39], daß für den Übergang der Aktiven das Prinzip der Singularsukzession gelte, besagt nicht nur, daß die einzelnen Bestandteile des Geschäftes in den dafür vorgesehenen Formen zu übertragen sind, sondern auch — und damit wird auf die auf S. 16 f. offengelassene Frage bezüglich der Form des Übernahmevertrages eingetreten — daß ebenso für die Verpflichtung zu den einzelnen Verfügungen die vom Gesetz je nach dem Übertragungsobjekt [40] geforderte Form [41] zu beachten ist [42].

Es soll deshalb in der folgenden knappen Übersicht [43] nicht nur die Art und Weise der Verfügung über die einzelnen

---

Übernahme nach OR 181 durch einen Gesellschafter oder auch durch einen Dritten ausdrücklich das Gegenteil festgelegt ist; vgl. dazu Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 46, Jenny Max 51 ff., SJZ 31 S. 280, Huber in ZBGR 34 S. 247 III; Blumenstein in MBVR 50 S. 1 ff, Wieland 653 f.

[39] Vgl. S. 29.

[40] Es wird hier abgesehen von den Fällen, in denen die Formbedürftigkeit in der besonderen Art des Übernahmevertrages (z. B. Verpfründungsvertrag, Überlassung auf Anrechnung an den Erbteil etc., vgl. dazu Buchli 30 ff.) liegt, da diese Vertragsarten praktisch bei der Übernahme des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft durch einen Gesellschafter kaum in Frage kommen dürften.

[41] Wo keine besondere Form vorgesehen ist, gilt das Prinzip der Formfreiheit, OR 11 I.

[42] Vgl. Komm. Oser Art. 181 N. 6, Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 46, v. Tuhr/Siegwart II. S. 844, Buchli 28 f., Bühler 23, Des Gouttes 27 ff., Schönberg 91, Treadwell 28, Vaucher 45, v. Tuhr in ZSR 40 S. 44 f., Guhl in ZbJV 53 S. 15, ZBGR 15 S. 267 = SJZ 31 S. 280 (226).

[43] Die folgende Darstellung entspricht im wesentlichen jener von Buchli S. 61 ff.; vgl. auch Treadwell 32 ff.

Geschäftsbestandteile dargelegt, sondern auch gleichzeitig geprüft werden, ob das Gesetz für die Verpflichtung zur betreffenden Verfügung eine besondere Form vorsieht. Für das gesamte Verpflichtungsgeschäft, den *Übernahmevertrag* also, der ja im Gegensatz zur Verfügung, die sich in eine Reihe dingliche Rechtsgeschäfte auflöst, einen einheitlichen Akt bildet, muß dann jene Form beachtet werden, die der Verpflichtung zur Übertragung desjenigen Bestandteiles genügt, für den das Gesetz die strengste Form vorschreibt.

2. Die Übertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile und die Verpflichtung dazu hat in den folgenden Formen zu geschehen:

a) a*) Das *Eigentum an beweglichen Sachen* geht über mit der Übertragung des Besitzes daran, und diese erfolgt durch Tradition oder ihre Surrogate, ZGB 714, 922/25 [44]. — Die Verpflichtung zur Übertragung von Fahrnis ist an keine Form gebunden.

b*) Das *Eigentum an Immobilien* wird übertragen durch Eintrag im Grundbuch, ZGB 656 I [45]. — Das Verpflichtungsgeschäft muß öffentlich beurkundet werden, ZGB 657 I [46].

b) a*) Gewöhnliche *Forderungsrechte* [47] gehen auf den Übernehmer durch Zession über, die zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf, OR 165 I. Die Verpflichtung zum Abschluß des Abtretungsvertrages ist formfrei gültig [48].

---

[44] Für die gleiche Regelung im deutschen Recht siehe BGB 929 ff., 854, 870.

[45] Vgl. Komm. Haab Art. 656 N. 2, Komm. Hartmann Art. 562 N. 26, Komm. Siegwart Art. 548/50 N. 26, v. Tuhr in ZSR 40 S. 44 ff., SJZ 31 S. 280 (226).

[46] Komm. Haab Art. 657 N. 1 ff. Über die ratio dieses Formerfordernisses vgl. hinten S. 105. Für die ähnliche Regelung des deutschen Rechtes siehe BGB 313 (öffentliche Beurkundung) und 925 (Auflassung).

[47] Über die Übertragung von durch Grundpfand gesicherten Forderungen vgl. Buchli 63 unten.

[48] Das deutsche Recht kennt insofern eine Besonderheit, als es

b*) In *Wertpapieren* verkörperte Forderungen gehen wie folgt über:

1. *Inhaberpapiere* wie Fahrnis durch Tradition, OR 967 I, 978.
2. *Namenpapiere* wie gewöhnliche Forderungen durch Zession und dazu Übertragung des Titels, OR 967 I und II.
3. *Ordrepapiere* (also insbesondere Wechsel und Check) durch Indossament, d. h. Übertragungserklärung auf dem Titel, und dessen Übergabe, OR 967 I und II, 968, 969, 1001.

Die Verpflichtung zur Übertragung von Wertpapieren ist ebenfalls formfrei gültig [49].

c) *Vertragsverhältnisse*, die sich auf den Geschäftsbetrieb beziehen, gehen bezüglich der Rechte [50] durch Zession und bezügliche der Verpflichtungen von Gesetzes wegen (OR 181) über (sog. *Vertragsübernahme*). Auch hier bedarf dementsprechend das Verpflichtungsgeschäft keiner besonderen Form [51].

d) Die *Immaterialgüterrechte* gehen, wie folgt, über:

a*) Die *Patent-, Muster- und Modell-* sowie die *Urheberrechte* bilden Gegenstand des freien Rechtsverkehrs und können formfrei übertragen werden (PatG 9, MMG 4, URG 9). Der Übergang des Rechtes erfolgt deshalb mit

---

zwar zur Verfügung über eine Forderung eines Vertrages bedarf, der im Übernahmevertrag regelmäßig als mitenthalten angenommen werden dürfte, dieser aber formfrei gültig ist (BGB 398 ff.). Wird die alte Firma fortgeführt, erfolgt der Übergang sogar automatisch, HGB 25 I Satz 2; vgl. Komm. Würdinger § 25 N. 17 ff., 26.

[49] Für die Regelung des deutschen Rechtes siehe BGB 398 ff (793); vgl. Palandt § 398 N. 2, 793 N. 3.

[50] Über die Übertragbarkeit der Forderungen aus den einzelnen Vertragsverhältnissen vgl. Treadwell 32 ff., Komm. Becker 164—174 N. 5 ff, Komm. Oser 164 N. 26 ff., ferner die Arbeit von Früh.

[51] Für das deutsche Recht sind BGB 398 und 413 anwendbar, die für die Übertragung von Forderungen und anderen Rechten formfreien Vertrag vorsehen; vgl. dazu Palandt zu §§ 398 und 413.

Eintritt des Übernahmefalles automatisch, d. h. wenn der Übernahmevertrag weder befristet noch bedingt ist [52], sofort mit Vertragsabschluß [53]. Der Eintrag im Patent- sowie im Muster und Modell*register* hat lediglich Beweisfunktion: Der gutgläubige Dritte darf den Eingetragenen als berechtigt betrachten [54].

b*) Grundsätzlich das gleiche gilt für den Übergang der *Markenrechte,* nur daß die Marke im Gegensatz zu den vorhin erwähnten Rechten lediglich beschränkt, nämlich nur mit dem Geschäftsbetrieb, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dient, übertragbar ist (MschG 11). Diese Beschränkung spielt hier keine große Rolle, da wir es ja gerade mit der Übernahme sogar eines *ganzen* Geschäftsbetriebes zu tun haben [55]. M. E. folgt daraus für unsern speziellen Fall lediglich, daß die Marke zwar ebenfalls formlos, aber erst im Zeitpunkt der Übertragung des entsprechenden Aktivums, bei Fabrikmarken z. B. regelmäßig mit der Eintragung des Fabrikgrundstückes ins Grundbuch, übergeht [56].

Die Verpflichtung zur Übertragung aller dieser Immaterialgüterrechte ist, wie die Übertragung selber, formfrei gültig [57].

e) Die *Firma,* die u. U. für den Übernehmer einen erheblichen Wert darstellen kann, ist — eine Folge des Prinzips der Firmenwahrheit — grundsätzlich nicht übertragbar, OR

---

[52] Vgl. vorne S. 17.

[53] Vgl. Troller 156 f.

[54] Vgl. Troller 156 f.

[55] Während die Marke auch nur mit Teilen eines Geschäftsbetriebes, z. B. Maschinen, Rezepten usw., übertragen werden kann; vgl. Troller 158.

[56] Vgl. Troller 161. Buchli (66 oben) nimmt Übergang der Marke, wohl zu Unrecht (vgl. Troller 162), erst mit Eintragung ins Marken*register* an.

[57] Für die grundsätzlich gleiche Regelung des deutschen Rechts siehe die entsprechenden Spezialgesetze und die einschlägige Literatur.

938 [58]. Dieser Grundsatz ist durch OR 953 II insofern durchbrochen, als der Übernehmer eines Geschäftes (und nur er! [59]) mit Zustimmung des oder der Veräußerer die alte Firma «fortführen» darf, sofern der neue Inhaber in einem Nachfolgezusatz genannt ist (z. B. «Müller, Meier & Co., Nachfolger Meier» oder «Johann Meier, früher Müller, Meier & Co.») [60]. Diese Zustimmung hat durch *sämtliche Gesellschafter* als gesamthänderische Inhaber der Firma zu erfolgen und nicht etwa nur durch jene, deren Namen in ihr enthalten sind [61]. Sie charakterisiert sich m. E. als Verpflichtung, das Recht auf Gebrauch der alten Firma im Rahmen der firmenrechtlichen Normen und Grundsätze zu übertragen [62]. Dieses Recht, das zu den immateriellen Güterrechten im weitern Sinne gezählt werden kann [63], geht wie diese formfrei über, aber infolge seiner Verknüpfung mit dem Geschäftsbetrieb nicht schon mit Eintritt des Übernahmefalles, sondern, ähnlich dem Markenrecht [64], erst mit dem Hauptbestandteil des Geschäftes [65].

Auch die *Verpflichtung* zur Übertragung ist formfrei gültig, hat jedoch zufolge der besonderen gesetzlichen Vorschrift des Art. 953 II OR als im Übernahmevertrag nicht ohne weiteres enthalten zu gelten, sondern muß aus ihm ausdrücklich oder stillschweigend, d. h. den Umständen

---

[58] Vgl. v. Steiger 49, Guhl 617, Bühler 56 f.

[59] Also nicht auch der Übernehmer eines Geschäfts*teils*, wie bei der Übertragung der Marke (vgl. Anm. 55 zu S. 34).

[60] Vgl. v. Steiger 50 f., Komm. His 953 N. 18 ff.

[61] Komm. His Art. 953 N. 20, v. Steiger 50, Buchli 57.

[62] «Übertragen» wird also nicht eigentlich das «Firmenrecht», d. h. das Recht auf *ausschließlichen* Gebrauch der Firma der früheren Inhaber, das ja erst mit der Eintragung ins Handelsregister entsteht (OR 946 und 956), sondern ein gewöhnliches Gebrauchsrecht, das dem Übernehmer an sich nicht zustehen würde.

[63] Vgl. Buchli 20, 66 f., Bühler 56.

[64] Vgl. Anm. 59 oben.

[65] Vgl. Komm. His Art. 953 N. 8 ff.

nach, entnommen werden können[66]. Das Gesetz hat hier eine Ausnahme vom Grundsatz statuiert, daß alle Geschäftsbestandteile, die im Übernahmevertrag nicht ausdrücklich und stillschweigend ausgenommen wurden[67], übergehen sollen[68].

f) Buchli[69] zählt zu den Immaterialgüterrechten im weitern Sinne auch die *Kundschaft* und die (übrigen) *Chancen* (Produktionsgeheimnisse, Jahresabschlüsse usw.). Mit Ausnahme einiger weiterer Gebrauchsrechte, wie dem Recht auf Gebrauch der *Enseigne*[70] oder der Geschäftsauszeichnungen[71], die analog dem Recht auf Gebrauch der alten Firma, aber *ohne besondere Zustimmung* seitens der Veräußerer übergehen, handelt es sich dabei aber nicht um eigentliche Rechte, sondern mehr um tatsächliche Verhältnisse, die als solche Bestandteile des Geschäftes bilden und einen oft nicht unerheblichen Geldwert darstellen. Von einer «Übertragung» dieser tatsächlichen Verhältnisse auf den Übernehmer darf deshalb m. E. richtigerweise nicht gesprochen werden. Der oder die Veräußerer verpflichten sich

---

[66] Die Handelsregisterführer verlangen in der Praxis regelmäßig eine ausdrückliche Erklärung der bisherigen Inhaber (vgl. v. Steiger Anmerkung auf S. 50). Bei Weigerung der Verpflichteten, diese Erklärung für den Eintrag abzugeben, wird so die materiellrechtliche Frage, ob eine stillschweigende Verpflichtung vorliege, richtigerweise an den Richter verwiesen.

[67] Siehe darüber vorne S. 15; für die Enseigne hingegen gilt die allgemeine Regel, eine besondere Zustimmung ist für ihre Übertragung nicht erforderlich.

[68] Näheres über die diesbezügliche deutsche Regelung siehe hinten S. 99 f.

[69] Buchli 20 f., 68.

[70] Vgl. Anm. 67.

[71] Die Übergabe der entsprechenden Medaillen, Diplome usw. erfolgt selbstverständlich nach den Grundsätzen der Fahrnisübertragung (siehe S. 32). — Während bei der Übernahme des Geschäftes eines Einzelkaufmannes zwischen den Auszeichnungen unterschieden werden muß, die der Firma verliehen wurden und jenen, die dem Unternehmer selber gelten und deshalb nicht Geschäftsbestandteil bilden

lediglich zu einem bestimmten Verhalten, das den Übernehmer im Genuß der gleichen tatsächlichen Verhältnisse beläßt, wie sie selber sie hatten [72]. Dazu gehört vor allem die *Konkurrenzenthaltungspflicht* im weitesten Sinne des Wortes, sowie die Pflicht, den Übernehmer in die Kundschaft und in die Produktionsgeheimnisse und andere interne Besonderheiten des Geschäftes einzuführen [73].

Alle diese Verpflichtungen sind *formfrei* gültig und gelten ohne ihren ausdrücklichen oder stillschweigenden Ausschluß als im Übernahmevertrag enthalten. Sie werden somit als rein obligatorische Vertragspflichten mit Eintritt des Übernahmefalles ohne weiteres fällig. Das gilt insbebesondere auch für die Konkurrenzenthaltungspflicht, die anders als im Dienstvertragsrecht (OR 358), formfrei vereinbart werden kann [74] und die also im Vertrage nicht besonders vorgesehen werden muß [75], wenn sich eine spezielle Regelung zur Bestimmung des zeitlichen und räumlichen Umfanges des Konkurrenzverbotes auch regelmäßig aufdrängt [76]. Verpflichtet aus dem Konkurrenzverbot sind in unserem speziellen Falle nicht die Gesellschaft, die ja aufgelöst und mit dem Übergang des Geschäftes liquidiert ist,

---

und darum im Zweifel nicht übergehen, besteht bei der Übernahme des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft die Vermutung, daß alle Auszeichnungen übergehen, da sie nur der Firma, dem Geschäft, gelten können.

[72] Vgl. dazu die m. E. richtigen Ausführungen von Treadwell 33 f.

[73] Die aber bei der Übernahme durch einen Gesellschafter, der sich ja gewöhnlich im Geschäft schon auskennt, in der Regel entfallen.

[74] Die besonderen Bestimmungen des Konkurrenzverbotes des Dienstvertragsrechts finden ihre innere Rechtfertigung in der unter Gesellschaftern nicht vorhandenen Abhängigkeit des Dienstverpflichteten; vgl. Komm. Hartmann Art. 561 N. 5, Komm. Siegwart Art. 561 N. 24.

[75] Über die Möglichkeit der stillschweigenden Begründung vgl. Komm. Siegwart Art. 561 N. 21.

[76] Ebenso Treadwell 34.

sondern, wie übrigens auch in Bezug auf alle andern Verpflichtungen, sämtliche ehemaligen Gesellschafter, deren Abfindungsquoten [77] je nach dem *Übernahmewert* des Geschäftes berechnet und die deshalb für ihr Verhalten entschädigt wurden.

3. a) Dieser Überblick ergibt somit, abgesehen von der Darstellung der bei der Verfügung über die einzelnen Geschäftsbestandteile zu beobachtenden Formen des Rechtsüberganges, daß bezüglich der Verpflichtungen lediglich die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken an eine Form, die öffentliche Beurkundung, gebunden ist, die Veräußerer sich aber zur Übertragung aller andern Geschäftsbestandteile formfrei verpflichten können. Der *Übernahmevertrag* bedarf also nur dann einer Form, wenn er die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken enthält [78]. Dann muß das gesamte Verpflichtungsgeschäft öffentlich beurkundet werden.

   b) In einem solchermaßen öffentlich beurkundeten Übernahmevertrag muß m. E. auch regelmäßig eine *gültige Zession* aller nicht ausdrücklich ausgenommenen Forderungen erblickt werden, denn die weniger strenge Form der Schriftlichkeit für die Verfügungen über Forderungen gilt in der strengeren der öffentlichen Beurkundung als mitenthalten. Aus diesem Grunde, und nicht etwa wegen der Gültigkeit des Übernahmevertrages [79], empfiehlt es sich, diesen, wenn keine Grundstücke zu übertragen sind und er deshalb nicht öffentlich beurkundet werden muß, was praktisch in den meisten Fällen zutreffen dürfte, obwohl an sich formlos gültig [80], *schriftlich* abzuschließen, da damit eine besondere Zessionserklärung überflüssig wird [81].

---

[77] Vgl. dazu hinten S. 39 ff.

[78] Anmerkung 40 zu Seite 31.

[79] Wie unrichtigerweise angenommen wird durch Buchli 28 unten.

[80] Wie oben Ziff. 3, lit. a festgestellt wurde.

[81] So auch Komm. Oser Art. 181 N. 6.

IV. Die Abfindung der ehemaligen Mitgesellschafter

1. Der Vertrag auf entgeltliche Übernahme eines Geschäftes ist seiner Rechtsnatur nach regelmäßig ein Kaufvertrag [82]: Der Veräußerer ist zur Übertragung der einzelnen Geschäftsbestandteile verpflichtet, der Übernehmer zur Bezahlung des Übernahmepreises. Daß ein ganzes Geschäft mit seinen verschiedenartigen Vermögensbestandteilen Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann, ist in der Literatur allgemein anerkannt [83]. Die im Übernahmevertrag enthaltenen Verhaltenspflichten (z. B. Konkurrenzverbot, siehe S. 37) sind als Nebenverpflichtungen zu betrachten.

2. a) An der Kaufsnatur des Übernahmevertrages ändert sich m. E. nichts, wenn durch ihn eine *Kollektivgesellschaft* verpflichtet wird, das Geschäft gegen Erlegung des Übernahmepreises an *einen ihrer Gesellschafter* zu übertragen. Daß Gesellschaft und Gesellschafter miteinander Rechtsgeschäfte abschließen können, wurde schon wiederholt festgestellt [84]. Das trifft auch zu für das Liquidationsstadium. Das Spezielle im Vergleich zu den sonstigen im Rahmen der normalen Geschäftsführung liegenden Rechtsgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern liegt m. E. darin, daß für den Übernahmevertrag, d. h. die Verpflichtung zur Verfügung über das Gesamthandvermögen als Liquidationshandlung, das Gesetz die Zustimmung aller Gesellschafter (Gesamthandberechtigter) fordert, sofern diese nicht hierfür ein besonderes Quorum vorgesehen haben (ZGB 653 II) [85]. Die-

---

[82] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 14, Buchli 30, Treadwell 85 ff., evtl. Bühler 23. Die übrigen Vertragstypen, weil für unseren Spezialfall der Übernahme praktisch kaum in Frage kommend (vgl. Anmerkung 40 S. 31), lasse ich weg, ebenso den Fall der Übernahme eines verschuldeten Geschäftes (vgl. hiezu Treadwell 109 ff.).

[83] Vgl. Guhl 238.

[84] Siehe vorne S. 9 f. und die Anm. 8 auf S. 9.

[85] Ein generell für Gesellschaftsbeschlüsse vorgesehenes Quorum (OR 534 in Verbindung mit 557 II) erfaßt m. E. derartige Verpflichtungen nicht; vgl. vorne S. 16 f. und dort Anm. 44.

ses innergesellschaftliche Erfordernis berechtigt aber nicht von einem Vertrage sui generis zu sprechen, denn auch auf den Geschäftsübernahmevertrag zwischen Gläubiger und Schuldner kommen sämtliche Kaufsregeln direkt zur Anwendung [86]. Kommt die Gesellschaft ihren Übertragungspflichten nicht nach, so kannn der übernehmende Gesellschafter den Übernahmepreis zurückhalten (OR 213, 82) und, wenn er selber leistungsbereit ist, nach den Regeln über den Verkäuferverzug vorgehen (OR 190). Sind die übertragenen Sachen mangelhaft, so kann er gegen die Gesellschaft grundsätzlich [87] nach den Regeln über die Sachgewährleistung (OR 197 ff.) vorgehen. Will der Übernehmer nicht bezahlen, so kann die Gesellschaft ihrerseits nach den Regeln des Käuferverzuges (OR 214) vorgehen.

b) In der Regel wird nun aber in solchen Übernahmeverträgen nicht vereinbart, der übernehmende Gesellschafter habe der Gesellschaft den auf Grund der besonderen Bilanz errechneten Kaufpreis zu bezahlen, sondern er habe den Gesellschafter A mit Fr. x und den Gesellschafter B mit Fr. y «abzufinden». Dadurch wird aber m. E. die ursprüngliche Natur der Verpflichtung des übernehmenden Gesellschafters als Kaufpreisschuld nicht verändert. Hinzu kommt nur ein neues Element, nämlich, als Korrelat zum Verzicht auf die Realauseinandersetzung [88], die ebenfalls rein innergesellschaftliche Verteilung des Verkaufs-(Liquidations-)erlöses unter die Gesellschafter entsprechend ihrem Kapital- oder Gewinnanteil, die ebenfalls schon im Übernahmevertrag

[86] Das anerkennt auch Hausherr, indem er die Klage des übernehmenden Gesellschafters eine «Kaufsklage» nennt (S. 150); obwohl er im übrigen auf dem Standpunkt eines Vertrages sui generis zu stehen scheint (S. 148).

[87] In der Regel wird man zwar einem übernehmenden *Gesellschafter* die Kenntnis des Mangels (OR 200) entgegenhalten können.

[88] Vgl. dazu vorne S. 12 f.

vorgenommen wird. Der Anteil des Übernehmers, der ja am Erlös auch berechtigt ist, wird dabei mit seiner Kaufpreisschuld verrechnet.

Selbstverständlich sind sich die Parteien in den wenigsten Fällen des Nebeneinanders dieser beiden Vorgänge bewußt, vor allem dort nicht, wo für die abgehenden Gesellschafter einfach eine pauschale Abfindungssumme festgesetzt wird. Rechtlich müssen sie aber m. E. auseinander gehalten werden, liegt doch darin der praktisch größte Unterschied zum Abfindungsanspruche des ausscheidenden gegenüber dem fortsetzenden Gesellschafter[89]. So erscheint es nämlich selbstverständlich, daß bei Verzug des übernehmenden Gesellschafters mit dem Übernahmepreis nur die Gesellschaft als «eigentliche Verkäuferin» berechtigt ist, Nachfrist anzusetzen und bei deren Ablauf z. B. — beim Kreditgeschäft, sofern ausdrücklich vorbehalten (OR 214 III) — zurückzutreten. Der einzelne Gesellschafter, dem gegenüber der Übernehmer in Verzug ist, kann gegen diesen auf Grund des ihm im Übernahmevertrag eingeräumten Rechtes nur auf Erfüllung beharren und bei Verzug den Verspätungsschaden verlangen. Weitere Rechte aus dem Verzug stehen ihm persönlich nicht zu. Allerdings kann er m. E. die Gesellschaft, d. h. die ebenfalls abgegangenen Gesellschafter (die event. schon befriedigt sind), indirekt zwingen, ihre Rechte aus dem Verzug dem Säumigen gegenüber zu wahren, indem er sie auf Ausrichtung seines Liquidationsanteils belangt, was m. E. zulässig sein muß, da der Anspruch darauf durch die Einräumung des Rechts auf direkte Geltendmachung beim Übernehmer seine innergesellschaftliche Natur nicht verloren hat. Das ist erst in dem Augenblick der Fall, wo der berechtigte Gesellschafter dem Übernehmer seinen Liquidationsanteil stundet und als Darlehen im Geschäft stehen läßt.

---

[89] Vgl. dazu hinten S. 53 f.

3. Ist die *Höhe* des Übernahmepreises, bzw. der auf die einzelnen ehemaligen Gesellschafter entfallenden Teile nicht schon im Übernahmevertrag festgelegt worden, so hindert das dessen Verbindlichkeit nicht. Sie kann, gleich wie übrigens die Abfindungsquote des Ausscheidenden (OR 580) [90], auch nachträglich ermittelt werden, und zwar bei Uneinigkeit der Parteien sogar durch den Richter (OR 2 II). Dieser ist dabei an einen evtl. schon im Übernahmevertrag vorgeschriebenen Abfindungsmodus und an Wegleitungen für die Berechnung gebunden [91]. Fehlen solche, so ist auf den Vermögensstand im Zeitpunkt der Übernahme abzustellen unter Berücksichtigung der Gewinnaussichten aus den noch schwebenden Geschäften. Es muß also der Fortsetzungswert des Geschäftes den Berechnungen der einzelnen Liquidationsanteile zugrunde gelegt werden. Über den Umfang der in die Berechnung einzubeziehenden einzelnen Geschäftsanteile entscheidet der interne Parteiwille [92]. Dieser ist auch maßgebend, ob bei nachträglich auftauchenden Aktiven die Abfindungssumme geändert werden muß oder diese als in einer festen Pauschalsumme schon berücksichtigt zu gelten haben [93]. Die Schulden werden nicht getilgt, wie bei der eigentlichen Liquidation, sondern auf den Übernahmepreis angerechnet [94].

4. *Fällig* wird der Übernahmepreis und damit auch die einzelnen Quoten mit Eintritt des Übernahmefalles (OR 75) oder, wenn der Übernahmepreis erst später ermittelt wird,

[90] Vgl. hinten S. 53 f.

[91] Vgl. Moser 63 unten und vorne S. 14 f.

[92] Vgl. auch vorne S. 14 f.

[93] Vgl. dazu auch vorne S. 14 f.

[94] Über weitere Einzelheiten bezüglich der verschiedenen Möglichkeiten der Art und Weise der Berechnung des Übernahmepreises, bzw. der einzelnen Quoten der abgehenden Gesellschafter verweise ich auf die Spezialliteratur bezüglich der Berechnung der Abfindungsquoten bei Ausscheiden, für die grundsätzlich die gleichen Regeln gelten; vgl. Komm. Hartmann Art. 580 N. 6 ff., Komm. Siegwart zu Art. 580. Moser 37 ff., sowie die Arbeiten von Kramer, Klein, Schubert u. a.

damit. Selbstverständlich kann aber im Übernahmevertrag auch ein späterer Fälligkeitstermin vorgesehen sein. Auch steht es dem einzelnen abgehenden Gesellschafter frei, sein Guthaben z. B. in ein festes Darlehen umzuwandeln, womit m. E. das Schuldverhältnis seinen gesellschaftlichen Charakter endgültig verliert [95]. In solchen Fällen wird es ratsam sein, vom Übernehmer Sicherheiten zu verlangen. Ein gesetzlicher Anspruch auf Sicherstellung des Abfindungsguthabens besteht grundsätzlich sowenig [96] wie auf Sicherheitsleistung für eventuelle Beanspruchung der ehemaligen Gesellschafter für übernommene Schulden.

B. Die Fortsetzung

Wir haben jetzt von der Fortsetzung immer nur ganz allgemein als dem rechtlichen Vorgang gesprochen, der, sofern vereinbart (OR 576), beim Ausscheiden eines oder mehrerer Kollektivgesellschafter eintritt, ohne näher zu untersuchen, *was* darunter im einzelnen zu verstehen ist. Das soll nun hier nachgholt werden.

Vorweggenommen worden ist [97] in den bisherigen Ausführungen bereits der Hinweis, daß beim Ausscheiden aller bis auf einen insofern eine Besonderheit eintritt, als nicht mehr von der Fortsetzung der Gesellschaft gesprochen werden kann, da sie sich von Gesetzes wegen auflöst bzw. aufgelöst bleibt [98], sondern lediglich von der Fortsetzung des Geschäftes, wie sie in OR 579 und HGB 142 unter bestimmten Voraussetzungen für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigliederigen Kollektivgesellschaft bzw. OHG ausdrücklich vorgesehen ist. Da es sich hierbei aber nur um ei-

[95] Siehe unten S. 41. Die gesamthänderische Berechtigung an den einzelnen Aktiven geht dagegen unwiderruflich mit deren Übertragung unter.

[96] Sofern ein Grundstück Kaufgegenstand bildet, muß allerdings auf die Möglichkeit der Sicherung des Kaufpreises durch eine Grundpfandverschreibung gemäß ZGB 837 Ziff. 1 hingewiesen werden.

[97] Vgl. S. 5 und S. 22.

[98] Vgl. S. 19 f.

nen Sonderfall der Fortsetzung und nicht etwa um einen davon grundsätzlich verschiedenen Vorgang handelt[99], sind zuerst deren *allgemeine Regeln* darzustellen, die weitgehend auch auf die Fortsetzung eines Geschäftes Anwendung finden.

Vorerst sollen jedoch in einem ersten Abschnitt noch Rechtsnatur und Wesen der Kollektivgesellschaft kurz erläutert werden, weil das zum richtigen Verständnis dieser Regeln unumgänglich scheint.

I. Rechtliche Natur und Wesen der Kollektivgesellschaft.

1. Die Tatsache, daß einerseits das Vermögen der Kollektivgesellschaft (wie der Personengesellschaften überhaupt) im Gesamteigentum aller Gesellschafter steht (ZGB 652), die Gesellschaft als solche aber fähig ist, unter ihrer Firma selbständig Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu begründen (OR 562), hat zu heftigen Kontroversen über ihre Rechtsnatur geführt. Heute werden die Personengesellschaften in unserem Rechtskreis allgemein als Gemeinschaften zu gesamter Hand betrachtet[100], wenn dabei auch nicht übersehen wird, daß sich gerade die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft durch die besondere gesetzliche Ausgestaltung der juristischen Person stark nähern. Guhl[101] spricht denn auch nicht zu Unrecht von einer Gesellschaft im innern und einer Einheit nach außen.

2. Die Kollektivgesellschaft ensteht mit dem Abschluß des

---

[99] Wie schon einleitend festgestellt, siehe vorne S. 4 und S. 22; vgl. ferner Komm. Hartmann Art. 579 N. 2; Komm. Siegwart Art. 547 N. 50, 579 N. 1, 3, Breitenbach 7, Mangold 72 ff, Schweizer 13.

[100] Vgl. für viele: Komm. Hartmann Art. 552 N. 3, 562 N. 2, Komm. Siegwart Art. 552/53 N. 1 f., Komm. Funk zu OR 552 N. 1, Guhl 417, Siegwart in Festgabe für Carl Wieland 1934 S. 355 ff, u. a. Komm. Weipert § 105 N. 3, 7, 31 32 ff., Komm. Schlegelberger § 128 N. 28, Komm. Düringer-Hachenburg § 105 N. 13, Hueck 20, 137, u. a. — a. M. Wieland 396 ff. bis 434 und ihm folgend v. Wyß 13, Hausherr 1 ff., 13 ff., Schweizer 22. — Vgl. hiezu auch Lehmann gegen Kohler in ZHR 74 S. 456 ff. und S. 462 ff.

[101] Guhl 417, vgl. auch Eugen Huber in ZSR 40 S. 9 Anm. 5.

Gesellschaftsvertrages [102], in dem sich zwei oder mehrere natürliche Personen [103] ohne Beschränkung ihrer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zum Zwecke vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein Handels-, ein Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben (OR 552 I) [104]. Der Handelsregistereintrag ist nur deklaratorischer Natur OR 552 II) [105].

3. a) Das Vermögen dieser vertraglichen Personengemeinschaft ist zwar vom persönlichen Vermögen der einzelnen Gesellschafter getrennt und bildet ein Sondervermögen [106], das ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern haftet (OR 570 I), worin eine starke Annäherung an die juristische Person zu erblicken ist [107]. Im Gegensatz zu dieser sind es hier aber die einzelnen Gesellschafter, die, als Ausfluß der personenrechtlichen Gemeinschaft (ZGB 652), gesamthänderisch am Gesell-

---

[102] Die nicht kaufmännische Kollektivgesellschaft erst mit der Eintragung ins Handelsregister (OR 553). — In Deutschland entsteht die OHG als solche nur dann unabhängig vom Registereintrag, wenn sie unter der gemeinsamen Firma ein *Handels*gewerbe (HGB 1) betreibt. Ist es ein anderes kaufmännisch geführtes gewerbliches Unternehmen (HGB 2), dann ist der Eintrag ins Hreg. konstitutiv (vgl. Komm. Schlegelberger § 105 N. 9, § 2 N. 13). Nicht eingetragene Gesellschaften nach HGB 2 oder überhaupt nicht nach kaufmännischer Art geführte Gesellschaften gehören dem bürgerlichen Recht an. Dabei ist aber zu beachten, daß das HGB unter dem «nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe» nicht das Gleiche versteht wie das OR, vgl. dazu HGB 1 mit OR 552 und *HregVO* 52 ff. Über die firmenrechtlichen Unterschiede vgl. hinten S. 99 ff.

[103] In Deutschland können neben den natürlichen auch juristische Personen Mitglied einer OHG sein; vgl. Komm. Weipert § 105 N. 26, Komm. Staub-Pinner § 105 Anm. 22.

[104] Vgl. dazu ausführlich Flachsmann 23 ff.

[105] Vgl. auch Anmerkung 102.

[106] Vgl. Komm. Hartmann Art. 562 N. 19, Komm. Becker Art. 181 N. 8, Mangold 14 f., Flachsmann 15, Hueck 137 f.

[107] Vgl. dazu die treffenden Ausführungen von Flachsmann 4, ferner Mangold 9 f.

schaftsvermögen berechtigt sind[108]. Das heißt, daß jeder einzelne Gesellschafter ein Recht hat auf das *ganze* Gesellschaftsvermögen und nicht etwa nur auf seine einzelnen Teile und Gegenstände (ZGB 652 a. E.)[109]. Dieser Anspruch jedes Gesellschafters auf das Ganze ist aber beschränkt durch die gleichen Ansprüche aller übrigen Gesellschafter[110]. Er bleibt aber dadurch doch ein Anspruch auf das Ganze, ähnlich wie das Eigentum, trotz der Zurückdrängung durch beschränkte dingliche Rechte, Eigentum bleibt. Die Gesellschafter sind am Gesellschaftsvermögen nicht bruchteilsberechtigt, wie der Miteigentümer[111]. Sie können deshalb auch nicht über ihren «Anteil» verfügen (ZGB 653 III); das Verfügungsrecht ist beschränkt zugunsten der Gesamtheit[112]: Vermutungsweise herrscht, wie schon vorne auf S. 33 vorweggenommen, das Einstimmigkeitsprinzip (ZGB 653 II). Von einer «anteilsmäßigen» Berechtigung der Gesamthänder kann also höchstens im Sinne eines Rechts auf einen Teil des einstigen Liquidationserlöses, wie wir das bei der Übernahme festgestellt haben[113], oder auf Abfindung

---

[108] Vgl. Komm .Hartmann Art. 562 N. 21, Komm. Siegwart Art. 562 N. 2. Komm. Haab Vorbemerkungen zu Art. 646—654 N. 8 ff., ins. N. 12 f., für's deutsche Recht N. 15, 652—654 N. 2, 7, 11, Komm. Leemann zu Art. 652 ff., Tuor 481 ff., Homberger 188, Flachsmann 7 ff., Mangold 14 f., Guhl in ZbJV 53 S. 5, BGE 51 I. 431 f. Erw. 2, ZbJV 60 S. 353 f., ZR 42 Nr. 113, ZGBR 25 S. 87 (27), 24 S. 197 (60). — RGE 65 S. 229 ff. und 68 S. 412: Hier sucht das Reichsgericht noch nach dem Begriff des Gesamteigentums; vgl. auch Joergers in ZHR 49 S. 140 ff. und 51 S. 47 ff.

[109] Vgl. Guhl in ZbJV 53 S. 50 f., Flachsmann 9 oben.

[110] Vgl. Flückiger in ZbJV 60 S. 361, Flachsmann 9 oben, ZGBR 34 S. 242 f.

[111] Vgl. Komm. Hartmann Art. 562 N. 29, ZBGR 24 S. 195, .Flachsmann 9 oben, 11 unten, Mangold 17.

[112] Vgl. Flachsmann 10 f, Mangold 15.

[113] Vgl. vorne S. 39 ff.

gemäß OR 580 beim Ausscheiden gesprochen werden [114]. Hier zeigt sich die Einheit der Gemeinschaft sogar im innergesellschaftlichen Bereiche, indem sich diese innergesellschaftlichen Ansprüche gegen die Gesellschaft als solche richten [115].

b) Inbezug auf die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist das Prinzip der Gesamthandschaft im Interesse der Gläubiger durchbrochen [116]. Die Gesellschafter haften zwar — subsidär hinter der Gesellschaft, OR 568 III [117] — alle zwingend persönlich, aber nicht als Gesamtschuldner, sondern als Solidarschuldner (OR 568 I und II) [118]. Für Einzelheiten bezüglich der Haftung verweise ich auf den zweiten Teil der Arbeit, S. 59 ff.

c) Im Rechtsverkehr mit Dritten tritt die Personengemeinschaft unter ihrer Firma als selbständige Einheit auf (OR 562); sie ist wie eine juristische Person partei- und prozeßfähig, weshalb sogar die eigenen Mitglieder bezüglich ihrer außergesellschaftlichen Beziehungen zur Gesellschaft wie Dritte behandelt werden [119].

4. Trotz dieser engen Verbindung von Personen und Vermögen zu einer Einheit, die sogar Wirkungen gegenüber den Mitgliedern entfaltet, liegt das Hauptgewicht doch auf der Personenverbindung [120]. Die Gesellschafter bilden die Ge-

---

[114] Vgl. Tuor 482, Leemann in SJZ 13 S. 102, RGE 65 S. 229 ff. Über die verschiedenen Theorien des Inhalts des Gesamteigentums vgl. Kühnlenz S. 24 ff., 34 ff., 39 ff., Flachsmann S. 8 Anm. 9, Mangold 15.

[115] Vgl. dazu S. 39 ff. und Moser S. 11.

[116] Vgl. Flachsmann 9 f.

[117] Bei der OHG besteht die direkte Belangbarkeit der Gesellschafter, HGB 128.

[118] Für die Kommanditgesellschaft besteht ein weiterer Einbruch, indem der Kommanditär nur bis zur Höhe der Kommandite haftet (OR 594); auch er ist aber am Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch berechtigt; vgl. Flachsmann 17.

[119] Vgl. Flachsmtnn 10.

[120] Guhl in ZBJV 53 S. 5 ff.

meinschaft und stehen nicht neben ihr, wie z. B. ein Aktionär neben der Aktiengesellschaft [121]. Auch das wirtschaftliche und in gewissem Sinne auch juristisch selbständige Gesellschaftsvermögen, hat sich nicht zur juristischen Person verselbständigt [122]. Es gibt in der Kollektivgesellschaft kein von der Person der Gesellschafter unabhängiges Rechtsubjekt [123]. Diese sind die wirklichen Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft [124].

Diese kurze Zusammenfassung der herrschenden Meinung über Wesen und Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft genügt zum Verständnis der innen- und außengesellschaftlichen Vorgänge bei der Übernahme und vor allem der Fortsetzung; für Einzelheiten sei auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen [125].

II. Allgemeine Grundsätze des Ausscheidens aus einer Kollektivgesellschaft.

1. Die Anwachsung

a) Haben die Gesellschafter vereinbart, daß die Gesellschaft im Falle des Ausscheidens eines oder mehrerer von ihnen von den verbleibenden fortgesetzt werden soll, so endet sie nur für die Ausscheidenden; «im übrigen besteht sie mit allen bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten fort», OR

[121] Vgl. RGE 105 S. 288.

[122] Vgl. Patzschke in ZHR 113 S. 9 f., Ellerholz 43 f.

[123] BGE 51. I. 431 Erw. 2..

[124] Vgl. BGE 46. II. 471 Erw. 2, Leemann in SJZ 13 S. 101, ZR 20 Nr. 118 S. 239 Erw. 2. Komm. Weipert § 105 N 8.

[125] Vgl. vor allem die heute noch grundlegende, wenn auch zum Teil überholte Dissertation Walter Burckhardts: Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen OR, Bern 1896; ferner Komm.Hartmann Art. 552 N. 3, 562 N. 2; Komm. Siegwart Art. 552/53 N. 1 f., Guhl OR S. 417, Siegwart in Festgabe für Carl Wieland 355 ff., Komm. Funk zu Art. 552 N. 1, Huber in ZSR 40 S. 9 Anm. 5, Guhl in ZbJV 53 S. 3, BGE 72. II. 181 f., 46. II. 471 Erw. 2, 45. II. 302, u. a. — Komm. Weipert § 105 N. 3, 7, 31, 32 ff., Komm. Schlegelberger § 128 N. 28, Hueck 20, 137, Schumann 129 ff., RGE 107 S. 172, 68 S. 412, 65 S. 229, u. a.

576 [126].Durch eine solche Fortsetzungsvereinbarung verzichten sämtliche Gesellschafter auf den ihnen bei Ausscheiden eines Gesellschafters an sich zustehenden Anspruch auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Statt dessen tritt mit dem Fortsetzungsfall [127] automatisch das Ausscheiden derjenigen Gesellschafter ein, in denen sich der Ausscheidungsgrund verwirklicht. In diesem Augenblick verlieren sie die Stellung als Gesellschafter.

b) Anerkannte Autoren wie Wieland und Siegwart [128] nehmen Verlust der Gesellschafterqualität erst mit erfolgter Abfindung, die sie als innergesellschaftliche Forderung betrachten, an. Auch Wieland [129] hält zwar den Eintritt des Ausscheidungsgrundes als für das Ausscheiden maßgebenden Zeitpunkt, stellt sich aber auf den Standpunkt, daß der Austretende damit noch nicht aufhört Gesellschafter und Gesamthänder zu sein [130]. Darin ist m. E. eine contradictio in adjecto enthalten; denn «Ausscheiden» aus der Gesellschaft kann vernünftigerweise nichts anderes heißen, als die Aufgabe der Gesellschafterstellung. Das Ausscheiden im Sinne von OR 576 darf eben nicht, wie es Wieland zu tun scheint, der Auflösung der Gesellschaft gleichgesetzt werden, die zugegebenermaßen die Gesellschaft nicht beendet. Die Auflösung welche die Gesellschaft ins Liquidationsstadium eintreten läßt, ist lediglich die normale Folge des Ausscheidens von Gesellschaftern, die hier aber eben gerade nicht eintritt. An Stelle der Liquidation erfolgt eo ipso der in der nächsten Lit. c. darzulegende

---

[126] Die Fortsetzung braucht sich aber nicht auf alle Aktiven und Passiven zu erstrecken, vgl. dazu oben S. 14 ff. Die von der Fortsetzung ausgeschlossenen Geschäftsbestandteile müssen besonders liquidiert werden.

[127] Dieser bestimmt sich nach den Ausführungen auf S. 12 ff.

[128] Wieland 648, 718, speziell für die Fortsetzung durch einen 723 ff., Komm. Siegwart Art. 545/47 N. 48, 580 N. 28 f., und ihnen folgend Hausherr 102 f., 110, Schweizer 38, 64, Mangold 72.

[129] a. a. O.

[130] Wieland 718.

Rechtsvorgang der Anwachsung, der das Weiterbestehen des Gesellschaftsverhältnisses nicht nur nicht voraussetzt — wie dies die Liquidation tut —, sondern geradezu die Folge seiner Beendigung ist. Daß dem Ausgeschiedenen eventuell noch gewisse Rechte bezüglich der Festlegung der Abfindungssumme zustehen [131], sprich m. E. durchaus nicht dagegen, denn es handelt sich hier um sogenannte Abwicklungspflichten bzw. -rechte, wie sie nach der Beendigung von Dauerverhältnissen allgemein bekannt sind.

Praktisch ist übrigens die hier vertretene Ansicht, daß der Verlust der Gesellschaftserstellung mit dem Eintritt des Ausscheidungsgrundes erfolgt und in diesem Augenblick die aussergesellschaftliche Abfindungsforderung gegen die fortsetzende Gesellschaft entsteht [132] von jener Wielands nicht sehr weit entfernt. Mehr Rechte als die oben angedeuteten Abwicklungsrechte, die er aber aus ihrer weiterbestehenden Gesellschaftserstellung herleitet, will nämlich auch Wieland [133] dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zuerkennen: «Im übrigen wird es dagegen so angesehen, als habe das Gesellschaftsverhältnis mit dem Zeitpunkt des Ausscheidens aufgehört». Auch nach Wieland verliert der Gesellschafter also jene Rechte, die m. E. überhaupt erst seine Gesellschaftserstellung ausmachen, wie Vertretung, Geschäftsführung und vor allem auch die Herrschaftsrechte vor der Ausrichtung der Abfindung. Zudem zieht Wieland — im Gegensatz zu Sieg-

---

[131] Vgl. dazu Hausherr 111, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 6, Hueck 295, 229, Klein 12 f., Schubert 82.

[132] Wie sie auch in der neuesten Doktrin vertreten wird; vgl. Moser 24 ff., Huber in ZBGR 34 S. 243, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 7, Komm. Palandt § 738 N. 2, Hueck 288, 295, u. a. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, daß die aus ihrer außergesellschaftlichen Natur fließende Möglichkeit der Geltendmachung der Abfindungsforderung im Konkurs der fortgesetzten Gesellschaft dem Ausgeschiedenen praktisch während der zwei Jahre seiner Solidarhaftung für die Altschulden nur wenig nützen wird.

[133] Wieland 719.

wart [134] — die Kosequenz auch hinsichtlich der Natur des Abfindungsanspruches nicht. Trotzdem er den Ausgeschiedenen im Stadium zwischen Ausscheiden und Abfindung weiterhin als Gesellschafter betrachtet und seine Abfindungsforderung als innergesellschaftliche Forderung, räumt er ihm das Recht ein, diese Forderung in einem in diesem Zeitraum eintretenden Konkurs der fortgesetzten Gesellschaft wie irgend ein Gesellschaftsgläubiger einzureichen. Er geht jedoch dabei nicht so weit wie Hausherr [135], der dem Ausgeschiedenen sogar die vorzugsweise Befriedigung seiner Abfindungsforderung zugestehen will. Beim Ausscheiden bis auf einen nimmt allerdings auch Wieland eine Vorzugsstellung des Ausgeschiedenen für seine Abfindungsforderung gegenüber den Privatgläubigern des Fortsetzenden an [136]. Daß aber das Wegfallen der Schranken zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen mit der in unserem Spezialfall eo ipso eintretenden Auflösung der Gesellschaft zusammenfällt und nichts mit der angeblichen Weiterdauer der Gesellschafterstellung des Ausgeschiedenen zu tun hat, wird weiter hinten [137] noch näher zu zeigen sein.

c) Mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft endet eo ipso auch die gesamthänderische Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. Das folgt eindeutig daraus, daß wie vorhin dargelegt wurde [138], die gesamthänderische Berechtigung auf der personenrechtlichen Verbindung, auf dem Gesellschaftsverhältnis also, beruht, und dieses deshalb zwangsläufig nicht überleben kann.

Diesem Abwachsen der Rechte, der sogenannten *Deskreszenz oder Abschichtung,* steht auf Seiten der fortsetzenden

[134] Komm. Siegwart Art. 580 N. 28.

[135] Hausherr 103, mit welcher Begründung ist nicht ersichtlich. Zudem übersieht Hausherr offensichtlich, daß die Wirkung einer solchen Vorzugsstellung infolge der Mithaftung des Ausgeschiedenen für die Altschulden praktisch sehr beschränkt wäre.

[136] Wieland 725 Anm. 13.

[137] Vgl. S. 66 und 71/72 und insbesondere Anm. 2a auf S. 46.

[138] Vgl. oben S. 44 ff.

Gesellschaft die *Akkreszenz oder Anwachsung* gegenüber. Das heißt, daß die bisher die gesamthänderische Berechtigung der fortsetzenden Gesellschafter beschränkende gleiche Berechtigung der Ausscheidenden dahinfällt. Die Berechtigung der verbleibenden Gesamthänder dehnt sich entsprechend aus und in diesem Umfang findet für sie ein Rechtszuwachs statt, die sogenannte Anwachsung [139], die grundsätzlich verschieden ist von der Singularsukzession oder auch der Universalsukzession [140]. Der entsprechende Vorgang spielt sich bezüglich der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ab, nur daß hier die Ausscheidenden kraft besonderer Gesetzesvorschrift noch eine Zeitlang weiterhaften [141]. Sowenig wie im Übernahmevertrag enthält die Fortsetzungsvereinbarung — hier im Gegensatz zum deutschen Recht [142] — eine stillschweigende Verpflichtung der Fortsetzenden, die Ausscheidenden von dieser Haftung zu befreien, obwohl ja in der Abfindungsbilanz *deren* Vermögen mit diesen Verbindlichkeiten belastet wurde [143]. Allerdings können die Gesellschafter im Fortsetzungsvertrag ein Befreiungsversprechen (Erfüllungsübernahme) im Sinne von OR 175 vereinbaren (wie anderseits auch die Befreiungsverpflichtung gemäß BGB 738 im deutschen Recht vertraglich beseitigt werden kann [144]).

[139] Vgl. für viele: Komm. Hartmann Art. 562 N. 27, 576 N. 14, Komm. Siegwart Art. 547 N. 49 (evtl. 576 N. 1), Komm. Haab Art. 652/54 N. 40. BGB § 738, Wieland 649 ff, Hueck 288, 303, RGE 72 S. 161 f., 68 S. 413.

[140] Vgl. Hausherr 85, Schweizer 27, Heubach 51 ff., Klemm 37, Kühnlenz 59 ff, Mertz 62 f.

[141] Vgl. dazu hinten S. 85 ff. Diese Grundsätze gelten auch für den fortsetzenden Kommanditär; denn auch er ist Gesellschafter und Gesamthänder, vgl. Komm. Siegwart 594/95 N. 2, 14, Komm. Hartmann 594 N. 6, 26.

[142] BGE 738; vgl. auch zweites Alinea der Anm. 22 auf S. 26.

[143] Vgl. Komm. Hartmann Art. 576 N. 12, 580 N. 4 a. E., Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 13, Mengering 87 ff., Kahn 84. a. M. Breitenbach 80. Vgl. dazu auch Anm. 20 und Anm. 22 erstes Alinea auf S. 26.

[144] Vgl. für viele Komm. Weipert § 142 N. 18, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 10 f., Komm. Palandt § 738 N. 2b, Hueck 291, 297 ff., 304.

d) Von der Anwachsung werden grundsätzlich alle Aktiven und Passiven der Gesellschaft, bekannte und unbekannte ergriffen, die nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgenommen wurden [145]. Eine Ausnahme gilt lediglich für jene Rechte und Pflichten, die mit dem ausscheidenden Gesellschafter höchstpersönlich verbunden sind, z. B. sein Wappen, sein Wirtepatent usw.[146].

Dagegen wachsen, im Gegensatz zur *Geschäftsübernahme* [147], auch die *unübertragbaren* Geschäftsbestandteile an; den es findet ja gar keine Übertragung statt [148]. Die Fortsetzenden waren ja vorher schon auf diese Geschäftsbestandteile als Ganzes berechtigt. Durch das Ausscheiden hat diese Berechtigung lediglich eine Ausdehnung erfahren. Deshalb sind bei der Fortsetzung im Gegensatz zur Übernahme [149] weder die Form der Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken noch die besondern verschiedenen Übertragungsformen für Immobilien, Fahrnis, Forderungen usw. zu beobachten [150].

2. Der Abfindungsanspruch der Ausgeschiedenen

a) Wird die Gesellschaft infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters aufgelöst und liquidiert, so erhält jeder Ge-

---

[145] Komm. Weipert § 142 N. 15, Hueck 170.

[146] Vgl. Schweizer 27, (Hausherr 82), Komm. Weipert § 142 N. 15 a. E.

[147] Vgl. oben S. 29.

[148] Deshalb unterliegt dieser Vorgang, im Gegensatz zur Handänderung nach OR 181 (vgl. S. 30 Anm. 38), der *kantonalen Handänderungssteuer nicht*, es sei denn, das betreffende kantonale Steuergesetz sehe die Besteuerung auch dieses Vorganges ausdrücklich vor; vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 7, 562 N 28, Komm. Haab Art. 652/54 N. 40 a. E., Haab in ZbJV 61 S. 309 ff., Hausherr 96, 154, Jenny Max 51 ff., 54, Schweizer 39 f., Blumenstein in MBVR 50 S. 1, ZBGR 34 S. 167 (2) und Huber in ZBGR 34 S. 247 ff., Berger in ZBGR 32 S. 194 f., ZBGR 25 S. 88, Wieland 653 f.

[149] Vgl. vorne S. 31 ff. und Komm. Hartmann Art. 579 N. 7, Komm. Siegwart Art. 579 N. 1, 545/47 N. 50.

[150] Über die aus firmenrechtlichen oder grundbuchlichen Gründen evtl. erforderlichen Berichtigungen verweise ich auf S. 99 ff. und S. 104 ff.

sellschafter den entsprechend seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen auf ihn entfallenden Teile des Liquidationsergebnisses [151]. Liegt eine Fortsetzungsvereinbarung vor, so haben die Ausscheidenden von Gesetzes wegen (OR 580, BGB 738) gegen die fortsetzende Gesellschaft und subsidiär dahinter gegen die Gesellschafter einen — m. E. rein obligatorischen außergesellschaftlichen [152] — *Abfindungsanspruch.*

b) Die *Höhe* des Abfindungsanspruches jedes einzelnen Ausgeschiedenen richtet sich grundsätzlich nach seinem Kapital- und Gewinnanteil am Gesellschaftsvermögen [153]. Über seine Berechtigung gilt das vorne Seite 42 Ziffer 3 über die Berechnung des Übernahmepreises Gesagte analog [154]. Insbesondere ist auch die Festsetzung durch den Richter bei Uneinigkeit der Parteien vom Gesetz (OR 580) für diesen Fall besonders vorgesehen worden, wobei nach ausdrücklicher Vorschrift auch das Verschulden des Ausgeschiedenen zu berücksichtigen ist [155].

---

[151] Vgl. Job 86 ff, Kramer 33 f.

[152] Wie in der vorhergehenden Ziffer 1 lit. b. bereits angedeutet

[153] Vgl. Komm. Hartmann zu Art. 580, Komm. Siegwart zu Art. 580, Komm. Funk Art. 580 N. 1, Hausherr 97 ff. und 117 ff., Kramer 27, Komm. Schlegelberger § 142 N. 13, Wieland 649, Hueck 291 ff, 304, Kahn 53.

[154] Vgl. S. 35 Anm. 5 und die dort zitierten Nachweise, sowie Komm. Hartmann Art. 580 N. 16, 18, Breitenbach 79 f., Flachsmann 51, Moser 20 ff., 37 ff., 79 ff., Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 Anm. 5, 21 ff., Komm. Weipert § 142 N. 18, Komm. Palandt zu BGB § 740, Hueck 298, 304, Schubert 45 ff., 51 ff., 68 ff., u. a.

Das deutsche Recht sieht die Berücksichtigung des «good will» in diesem Fall besonders vor, BGB 740. Auf den Spezialfall der Unterbilanz wird auch hier nicht näher eingetreten; vgl. dazu BGB 739, sowie Komm. Hartmann Art. 580 N. 20, Job 77 f, Komm. Weipert § 142 N. 10, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 16 ff., Komm. Palandt zu § 739, Hueck 295, Kahn 61, Mandelbaum 75, Mengering 149 ff., Schubert 84 ff.

[155] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 10, 580 N. 6 ff., 13 ff., Komm. Siegwart Art. 580 N. 12 ff., 18 ff., Moser 23, 38 ff., 63 ff., BGE 77. II. 49 Erw. 2, Komm. Weipert § 142 N. 20, Hueck 288, 291 ff., 294 u. a.

c) Der Richter kann sogar die *Fälligkeit* des Abfindungsanspruches ganz oder teilweise aufschieben, wenn sofortige Fälligkeit, die vermutet wird (OR 75 und BGB 271)[156], die Existenz der fortsetzenden Gesellschaft und des Unternehmens gefärden würde[157]. Im übrigen gilt auch für die Fälligkeit — und die Pflicht zur Sicherstellung[158] — das vorne auf Seite 42/43 Ziffer 4 Gesagte entsprechend.

d) Eine Besonderheit gegenüber dem «Abfindungsanspruch» bei der Geschäftsübernahme ergibt sich m. E. dagegen aus der rechtlichen Natur der beiden Ansprüche: Der oder die *übernehmenden* Gesellschafter sind Kaufpreisschuldner, und es kann deshalb bei Verzug mit dem Übernahmepreis bzw. seinen einzelnen Teilen nach den Kaufsregeln gegen sie vorgegangen werden[159], was gegenüber der *fortsetzenden* Gesellschaft grundsätzlich verneint werden muß.

III. Das Ausscheiden bis auf einen

1. Die Fortsetzung durch einen einzigen Gesellschafter, OR 579 und HGB 142, unterscheidet sich vom eben behandelten Tatbestand insofern, als, wie wir schon früher feststellten[160], nicht mehr von einer Fortsetzung der Gesellschaft, die sich von Gesetzes wegen auflöst[161], sondern lediglich von einer Fortsetzung des Geschäftes die Rede sein kann. Diese Besonderheit macht aber die vornhin dargelegten allgemeinen Regeln des Ausscheidens nicht unanwendbar, ja mo-

---

[156] Vgl. Komm. Hartmann Art. 580 N. 5, Komm. Siegwart Art. 580 N. 27, Moser 70 ff., Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 9, Hueck 296, Klein 15 f, Mandelbaum 74 f., Trantow 38.

[157] Breitenbach 78, (Hausherr 95), Komm. Staub-Pinner Anhang zu 141 N. 9, Hueck 295.

[158] Die im schweizerischen Schrifttum soviel ich sehe, nur Breitenbach S. 82 verficht.

[159] Vgl. dazu vorne S. 41.

[160] Siehe vorne S. 19 ff.

[161] Vgl. dazu vorne S. 21, ferner Komm. Hartmann Art. 579 N. 2, Komm. Siegwart Art. 579 N. 1, Mangold 42, Flachsmann 88 f., Schweizer 12, Trantow 11, Guhl in ZbJV 53 S. 59 f.

difiziert sie nicht einmal. Der Vorgang ist rechtlich genau der gleiche. Nur daß hier alle gesamthänderischen Berechtigungen, die bisher die gleiche Berechtigung des Fortsetzenden einschränkten, wegfallen bzw. diesem anwachsen und er somit Alleinberechtigter wird [161a]. Mit der Gesellschaft löst sich damit die Gemeinschaft zu gesamter Hand, die ja nur auf Grund der personenrechtlichen Verbindung bestehen kann, auf: Das Gesellschaftsunternehmen wird zum Einzelunternehmen, die Gesamtberechtigung zur Alleinberechtigung [162].

Insofern liegt also schlußendlich der gleiche Zustand vor wie bei der *Übernahme* durch einen Gesellschafter. Daraus aber zu schließen, es liege Übernahme vor, wäre verfehlt; denn hier ist dieser Zustand gerade infolge der Regeln des Ausscheidens aus einer Gesamthandschaft (Anwachsung und Abschichtung) eingetreten. Auch in diesem Falle sind deshalb besondere Übertragungsakte und darum auch Beachtung der Form der Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken nicht erforderlich [163]. Und auch der Abfindungsanspruch des Ausgeschiedenen ist seiner Natur nach der gleiche, wie wenn die Gesellschaft bestehen bleibt, nur daß er sich direkt gegen den Fortsetzer persönlich richtet [164].

[161a] Dieses Aufgehen des Gesellschaftsvermögens im Privatvermögen des Fortsetzers hat zur Folge, daß die vorzugsweise Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen gemäß OR 570 I zwangsläufig erlischt (v. Tuhr/Siegwart II. S. 579 N. 5). Sofern damit eine Gläubigerbenachteiligung bewirkt wird, bleibt, wie übrigens auch für die Übernahme mit Aktiven und Passiven, die betreibungsrechtliche Pauliana (SchKG 285 ff.) vorbehalten; vgl. dazu v. Tuhr/Siegwart II. S. 844, v. Wyß 68, Breitenbach 19, Schweizer 35 f.

[162] Vgl. für viele Komm. Hartmann Art. 579 N. 7, Komm. Siegwart Art. 547 N. 50, Komm. Funk Art. 579 N. 1, Komm. Haab Art. 652/54 N. 15. Komm. Weipert § 142 N. 19, Komm. Schlegelberger § 142 N. 13, Hueck 303.

[163] Komm. Hartmann Art. 562 N. 27, 579 N. 7, Komm. Haab Art. 652/54 N. 40, Komm. Leemann Art. 654 N. 4, und viele andere. Komm. Schlegelberger § 142 N. 13, Komm. Weipert § 142 N. 15, Wieland 651, Hueck 287. u. a.

[164] Vgl. Näheres über die Art. seiner Haftung hinten S. 83.

2. a) Daß die allgemeinen Grundsätze des Ausscheidens aus einer Kollektivgesellschaft — und nicht jene der Einzelübernahme — auch auf den Fall der Fortsetzung des Geschäftes durch einen einzigen Gesellschafter Anwendung finden, ist heute in der schweizerischen Doktrin allgemein anerkannt [165].

b) Auch in Deutschland hat sich diese Auffassung für die Fortsetzung des Geschäftes einer OHG durch einen einzigen Gesellschafter durchgesetzt, obwohl § 142 — wie früher *aOR* 577 II und 578 — von der «Übernahme mit Aktiven und Passiven» spricht. Absatz 3 dieser Bestimmung schreibt aber für die Auseinandersetzung bei diesem Tatbestand ausdrücklich die Anwendung der Vorschrift über das Ausscheiden eines Gesellschafters vor und verweist damit auf die §§ 738—740 BGB. Diese sehen für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der bürgerlichen Gesellschaft Akkreszenz der abgeschichteten Rechte an die verbleibenden Gesellschafter vor. Dies ist nicht etwa nur ein singulärer Rechtssatz für die bürgerliche Gesellschaft, sondern ein für das gesamte Gesellschaftsrecht gültiges allgemeines Prinzip [166], und es gilt deshalb auch für das Ausscheiden aus der OHG [167].

---

[165] Vgl. Komm. Hartmann Art. 579 N. 7, 562 N. 27, Komm. Siegwart Art. 547 N. 50, 576 N. 1, Komm. Funk Art. 579 N. 1, Komm. Haab Art. 652/54 N. 15, Komm. Leemann Art. 654 N. 4, Breitenbach 7 f., Flachsmann 57 f., Hausherr 83 ff., Jenny Max 35, Kramer 25 ff., Mangold 72 ff., Schweizer 29, 39 ff., u. a. Vgl. dazu auch vorne S. 1/2, 4 (Ziff. 2bb*), insbes. 7 und 12 f. und S. 14 Anm. 28, sowie 19 f. Zuweit geht m. E. Hartmann (Art. 574 N. 28, 33 f.), wenn er diese Grundsätze auch auf die «Fortsetzung» des Geschäftes durch eine neue Gesellschaft oder sonst einen Dritten anwenden will; vg.l dazu vorne S. 4 (Ziff. 2a).

[166] Vgl. Komm. Düringer-Hachenburg § 142 N. 2, RGE 82 S. 161, 68 S. 416, 65 S. 236, Paul in NJW 1947/48 S. 419 Erw. 3, Junck in Jhr Jb. 77 S. 317 evtl. Hausherr 93.

[167] Vgl. Komm. Weipert § 142 N. 18, Komm. Schlegelberger § 142 N. 13, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 2, Komm. Palandt

Nun wird allerdings auch behauptet[168], von Akkreszenz und Dekreszenz könne nur die Rede sein, wenn nach Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter überhaupt noch eine Gesellschaft übrig bleibt, nicht aber im Falle, wo ein Einziger das Geschäft fortsetze. Für die bürgerliche Gesellschaft wird das sogar vom Reichsgericht anerkannt[169]. Für die OHG hat aber der Gesetzgeber die Anwendung dieses Prinzips gerade auch für den Fall, daß nur einer übrig bleibt (§ 142 Abs. 3 OHG), ausdrücklich vorgesehen, weshalb die herrschende Meinung Deutschlands auch für diesen Sonderfall Anwachsung und Abschichtung annimmt[170].

---

§ 736 N. 2c, Komm. Düringer-Hachenburg § 142 N. 2, Mandelbaum 49, RGE 157 S. 372 f., 136 S. 99, Lehmann in ZHR 79 S. 58 f.

[168] Vgl. Heubach 51 ff., Plaut 20, Lehmann in ZHR 50 S. 35 ff.: Sie sind gegen Anwachsung und nehmen Singularsukzession an. Vgl. dazu auch unten Anm. 5.

[169] RGE 68 S. 413 f.

[170] Für viele Komm. Weipert § 142 N. 15, Komm. Schlegelberger § 142 N. 13, Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 3, Wieland 651, 723 ff., RGE 117 S. 265, 101 S. 242 ff., 68 S. 414 f. (Und die hier zit. Lit.), 65 S. 237 ff.

2. ABSCHNITT

GESELLSCHAFTSEXTERNE VORGÄNGE UND VERÄNDERUNGEN

§ 4 Die Bekanntmachung der Geschäftsübernahme

A. Im Falle der Übernahme

I. Wesen und allgemeine Bedeutung der Mitteilung

Übernahmevertrag und Geschäftsübernahme erfüllen den Tatbestand von OR 181 noch nicht. Die ihn charakterisierende automatische Übernahme der Geschäftsschulden durch den Übernehmer erfolgt, wie schon an verschiedenen Stellen vorweggenommen [1], erst mit der Mitteilung der Geschäftsübernahme an die Gläubiger [2].

1. Statt «Übernahme» der Schulden, würde es m. E. richtiger heißen Übernahme der *Haftung* oder noch besser bloß «Eintritt» der Haftung des Übernehmers [3]. Denn wir haben es hier nicht mit einer vertraglichen Schuldübernahme zu tun; die Mitteilung des Art. 181 OR ist nicht etwa, wie jene gemäß OR 176 II, Vertragsofferte, die nach Belieben angenommen werden könnte oder nicht [4]. Ihrem *Wesen* nach ist sie nicht einmal ein (einseitiges) Rechtsgeschäft, da es am Rechtsgeschäftswillen fehlt [5]. Der Haftungseintritt des Übernehmers hat seinen Grund nämlich nicht in einem diesbezüglichen in der Mitteilung enthaltenen Rechtsgestaltungswillen, son-

[1] Vgl. vorne S. 16 und insbesondere S. 25 ff.

[2] Dabei spielt es keine Rolle, ob die Übergabe des Geschäftes nach, oder was regelmäßig zutreffen wird, vor der Mitteilung erfolgt.

[3] Vgl. Komm. Staub-Bondi § 25 Anm. 9.

[4] Komm. Oser Art. 181 N. 8, Komm. Becker Art. 181 N. 20, v. Tuhr-Siegwart II. S. 845.

[5] Komm. Oser Art. 181 N. 8, Komm. Becker Art. 181 N. 20, Wieland 283.

dern wird *vom Gesetz* unabhängig vom Willen des Mitteilenden an diese geknüpft [6]. Die Mitteilung ist somit ihrer Rechtsnatur nach bloße Rechtshandlung i. e. S. [7], welche die Gläubiger über die Änderung bestimmter Tatsachen in Kenntnis setzt [8], die aber gesetzliche *Gültigkeitsvoraussetzung* ist, sowohl für die Haftbarkeit des Übernehmers gegenüber den Gläubigern als auch für den Beginn des Fristenlaufs bezüglich der Haftung der Veräußerer gemäß OR 181 [9]. Erfolgt die Mitteilung nicht, so treten, selbst wenn die Geschäftsübernahme den Gläubigern auf andere Weise bekannt geworden ist, diese Wirkungen nicht ein; d. h. weder wird der Übernehmer für die Geschäftsschulden haftbar — was in unserem Fall nicht von großem Belange wäre, da er ja als Gesellschafter für diese Schulden ohnehin haftet —, noch würde die Haftbarkeit der Veräußerer, hier der ehemaligen Gesellschafter, irgendwie verändert [10].

2. Die *allgemeine Bedeutung* der Mitteilung erschöpft sich aber nicht in den eben angedeuteten Haftungsveränderungen.

---

[6] Vgl. dazu v. Tuhr/Siegwart II S. 845.

[7] Allgemein über die Unterteilung der verschiedenen Rechtshandlungen vgl. v. Tuhr/Siegwart I. S. 165 ff. Die Mitteilung gemäß OR 181 zählt v. Tuhr/Siegwart (I. S. 167/68 Anm. 24) zu den Vorstellungsäußerungen.

[8] Vgl. Buchli 34, Bühler 32, Des Gouttes 38.

[9] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 1, 16, Komm. Oser Art. 181 N. 9, 10, v. Tuhr/Siegwart II. S. 845 f., Buchli 34 f., Bühler 35 ff., Hausherr 152 f., S.J.Z. 32 S. 184 (132) und 282 (202), BGE 79 II 154, 49 II 250 Erw. 2.

[10] Abgesehen natürlich von der durch die Auflösung der Gesellschaft hervorgerufenen Veränderungen. Näheres über die Haftungsveränderungen vgl. hinten § 5, S. 78 ff. und auch 85 ff.

Grundsätzlich gleich verhält es sich im deutschen Recht; vgl. Komm. Staub-Bondi § 25 N. 22 ff. Auf gewisse Nuancierungen, die sich aus der Nichtübereinstimmung der Mitteilung nach OR 181 und der «handelsüblichen Bekanntmachung» nach HGB 25 III ergeben sowie aus dem Umstand, daß das deutsche Recht auch gewisse nicht ausdrückliche Bekanntmachungen als genügende Voraussetzung für den Eintritt der Haftungsänderungen anerkennt, wird in anderem Zusammenhang hingewiesen werden; vgl. hinten S. 70 und S. 66.

a) Für die *Geschäftsgläubiger* allerdings ist in unserem Spezialfall hauptsächlich die Verkürzung der Haftungsdauer der ehemaligen Gesellschafter für die im Zeitpunkt der Mitteilung bereits eingegangenen Verbindlichkeiten und deren Nichthaftung für die später begründeten Schulden von Wichtigkeit, während der Übernehmer ihm ja, wie soeben festgestellt, schon als Gesellschafter haftet.

b) Keine andere Bedeutung hat die Mitteilung für die *Geschäftsveräußerer,* hier die ehemaligen Gesellschafter, die von diesem Zeitpunkt an für die Altschulden nur noch während beschränkter Zeit und für die Neuschulden überhaupt nicht mehr haften. Nichts mit der Mitteilung zu tun hat m. E. die Pflicht, von den Geschäftsschuldnern weder Zahlung zu fordern noch entgegenzunehmen, da sich diese schon aus dem Übernahmevertrag ergibt.

c) Eine über die Veränderung der Haftung hinausreichende Bedeutung hat die Bekanntmachung der Übernahme für den *Geschäftsschuldner.* In ihr ist nämlich regelmäßig eine Zessionsmitteilung gemäß OR 167 zu erblicken, mit der Folge, daß die Schuldner von nun an — formgerechte Zession vorausgesetzt [11] — mit befreiender Wirkung nur noch an den Übernehmer leisten können. Im Gegensatz aber zu den Haftungsveränderungen tritt diese Wirkung mit jeder Kenntnisnahme der Geschäftsübernahme ein, also auch ohne oder schon vor der ausdrücklichen Mitteilung [12]; sie ist keine spezifische Folge von ihr. Wenn der Schuldner auch nur vermutet, daß der Übernehmer der neue Gläubiger ist — und das muß er bei Bekanntwerden der Geschäftsübernahme —, so leistet er den Veräußerern auf eigene Gefahr, OR 168 II.

d) Im *Geschäftserwerber* endlich laufen alle diese Wirkungen irgend wie zusammen. Für ihn ist die Mitteilung, vor allem eine Anzeige, daß er von nun an als aus dem Geschäft Be-

---

[11] Vgl. dazu vorne S. 28 und 38 (3. b).

[12] Vgl. Vaucher 85 f., Wieland 276 f.; BGB 407 ff.

rechtigter und für die Neuschulden allein Verpflichteter, kurz als verantwortlicher Inhaber, auftrete[13]: Die Gläubiger können und sollen — sie müssen aber nicht, da die Veräußerer noch mithaften — sich an ihn halten, die Schuldner müssen, sofern er sich über eine ordnungsgemäße Zession ausweisen kann, an ihn leisten.

II. Der Inhalt der Mitteilung

1. Wesentlicher Inhalt jeder Mitteilung ist die unzweideutige Aussage, daß das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen wurde. Nach der älteren Doktrin und Praxis wurde dabei wohl in Anlehnung an das deutsche Recht[14] *ausdrückliche* Nennung der Übernahme der Passiven verlangt[15]. War dies nicht der Fall, so traten die Haftungsveränderungen nicht ein. Die Analogie zum deutschen Recht läßt sich aber angesichts des bloßen Wortlautes von OR 181 I, der lediglich Mitteilung der Übernahme des Geschäftes verlangt, nicht aufrecht erhalten. Zum Geschäft gehören eben normalerweise auch die Passiven, und sie müssen deshalb in der Übernahmemitteilung nicht ausdrücklich genannt sein, wobei es aber selbstverständlich scheint, daß — sollen die Haftungsveränderungen gemäß OR 181 eintreten — deren Formulierung in Bezug auf den Übergang der Passiven keine Zweifel offen lassen darf[16].

2. a) Der Inhalt der Mitteilung braucht nicht unbedingt zu korrespondieren mit dem Übernahmevertrag zwischen den Parteien. Die Regelung des internen Verhältnisses

---

[13] Diese Mitteilung ist aber zu unterscheiden von der bloßen Geschäftsempfehlung, allerdings können beide verbunden werden; vgl. BGE 79 II 154.

[14] Vgl. Komm. Staub-Bondi § 25 N. 26, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 30, Wieland 282 f.

[15] Vgl. Treadwell 74, Vaucher 95, SJZ 18 S. 342 (259), ZbJV 58 S. 121 ff.

[16] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N.18, Buchli 37, Des Gouttes 45 f., BGE 79 II 154 f., 75 II 362 = ZR 49 Nr. 99 S. 174 = ZbVJ 86 S. 547.

muß nicht derjenigen des externen entsprechen[17]. So gelten insbesondere die nur im Vertrag von der Übernahme ausgeschlossenen Passiven[18] den Gläubigern gegenüber als mitübernommen. Nur für die in der Mitteilung selber ausdrücklich ausgeschlossenen Verbindlichkeiten haftet der Übernehmer nicht[19]. Ein nachträglicher Vorbehalt[20] ist den Gläubigern gegenüber ebenso wirkungslos wie ein stillschweigender. Die Mitteilung ist also nicht nur *Haftungsvoraussetzung,* sondern umschreibt die übernommene Haftung auch *quantitativ,* und zwar sie allein, da die Regelung des Übernahmevertrages für das Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich unerheblich ist[21].

Diese weitere Bedeutung der Mitteilung ist zwar für unsern Spezialfall, wo ja der Übernehmer auch für die in der Mitteilung von der Übernahme ausdrücklich ausgeschlossenen Passiven haftet, und zwar als Gesellschafter, nicht so groß, wie wenn ein Dritter übernimmt. Immerhin ist die Haftungsdauer für diese Schulden, wie noch zu zeigen sein wird[22], sowohl für den übernehmenden als auch für den ehemaligen Gesellschafter eine andere, als für die *übergehenden* Schulden, weshalb sich die Prüfung der Frage, *wie* der teilweise Ausschluß der Haftung zu erfolgen hat, auch für uns aufdrängt.

b) Zu dieser Frage, nämlich welcher Mitteilungsinhalt geeignet sei, die Haftung des Übernehmers für bestimmte

---

[17] Vgl. Hausherr 152 f., BGE 79 II 291, Wieland 283.

[18] Vgl. dazu vorne S. 14 ff.

[19] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 18, Komm. Oser Art. 181 N. 11, v. Tuhr/Siegwart II. S. 846 f., Buchli 37, Des Gouttes 46 f., 77 f., Hausherr 152 f., Fick in SJZ 20 S. 231 f.; SJZ 49 S. 310 (125), 32 S. 282 (202), BGE 60 II 104 f., Komm. Düringer-Hachenburg § 25 N. 30, Wieland 283.

[20] Komm. Becker Art. 181 N. 19 a. E., Komm. Staub-Bondi § 25 N. 18, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 N. 30.

[21] Vgl. dazu ausführlich BGE 79 II 291 f.

[22] Vgl. hinten S. 82 ff.

Verbindlichkeiten des Geschäftes auszuschließen, hat sich das Bundesgericht in zwei neuesten Entscheiden geäußert.

In BGE 79 II 292 f wird die Beschränkung der Haftung durch bloße Hinweise auf eine Bilanz, Inventar, Schuldenverzeichnis etc. mit Nennung der übernommenen Passivensumme entgegen Fick [23], Wieland [24] und Düringer-Hachenburg [25] grundsätzlich abgelehnt. Mit Recht wird festgehalten, daß der Gesamtübergang zu vermuten sei und daß deshalb jede Mehrdeutigkeit und Ungewißheit, ob die Übernahmeerklärung eine Beschränkung enthalte, nach dem Vertrauensprinzip zu Lasten des Übernehmers gehe. Wenn aber ausdrücklich mitgeteilt werde, die Übernahme erfolge «nur im beschränkten Ausmaß» des Schuldenverzeichnisses oder Inventars, so liege eine rechtsgültige Beschränkung der Übernahme auf die dort enthaltenen Verbindlichkeiten vor, was m. E. aber nur für den Fall zutrifft, daß den Gläubigern gleichzeitig Gelegenheit und Zeit eingeräumt wird, Einsicht zu nehmen in diese Verzeichnisse, da sie ja sonst doch nicht wissen, ob gerade ihre Forderung aufgenommen wurde [26]. Vorbehalten bleiben jene Fälle, in denen die Forderung eines einzigen Gläubigers den angegebenen Gesamtbetrag der Passiven übertrifft und er somit genau weiß, daß seine Forderung nicht mit übernommen wurde, weshalb auch eine besondere Beschränkungserklärung überflüssig ist.

An diesen Grundsätzen wurde vom Bundesgericht in einem späteren Entscheid vom 25. Mai 1954 ausdrücklich festgehalten [27].

---

[23] Fick in SJZ 20 S. 225.

[24] Wieland 283.

[25] Komm. Düringer-Hachenburg § 25 N. 30.

[26] So auch Komm. Becker Art. 181 N. 26 und RGE 153 S. 78.

[27] NZZ (Neue Zürcher Zeitung) Nr. 2476 vom 9. Oktober 1954.

III. Art und Weise der Mitteilung

1. Die Mitteilung ist an keine bestimmte Form gebunden. An Mitteilungsarten können grundsätzlich auseinander gehalten werden die Eintragung im Handelsregister und die Publikation im Handelsamtsblatt, private öffentliche Bekanntmachungen durch Anschlag, in Zeitungen oder Fachschriften etc. und die private direkte Mitteilung an die einzelnen Gläubiger durch Brief, Zirkular, mündliche, auch telefonische Erklärung. Es muß aber ein diesbezügliches aktives Handeln erfolgen; bloßes konkludentes Verhalten, auch wenn es noch so eindeutig auf die Übernahme hinweist, genügt nicht. Das ergibt sich m. E. eindeutig aus dem Wortlaut von OR 181 I: «Sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist». Dieser zweite Satzteil von OR 181 I wäre überflüssig, wollte man jede Übernahmeäußerung, die in dieser oder jener Art regelmäßig vorhanden sein wird, als Mitteilung im Sinne einer Voraussetzung der Haftungsveränderung betrachten und außerdem würde eine solche Interpretation den Streitigkeiten über den Beginn der Haftungsveränderungen Tür und Tor öffnen. Vor allem auch würde dadurch dem Übernehmer in vielen Fällen praktisch die Möglichkeit genommen, in der Mitteilung seine Haftung zu beschränken, da ein Teil der Gläubiger von der Geschäftsübernahme regelmäßig schon vor der eigentlichen Mitteilung Kenntnis erhält, eine Haftungsbeschränkung aber nach Eintritt der Haftungsveränderungen allgemein als unzulässig betrachtet wird[28]. Das gilt insbesondere auch für den vom Bundesgericht in 75 II 302 ff entschiedenen Fall.

M. E. kommt deshalb keinem konkludenten Verhalten, wie immer es geartet sein möge, die Wirkung einer Voraussetzung für den Eintritt der Haftungsveränderungen zu, selbst wenn daraus noch so eindeutig auf die Übernahme geschlossen wer-

---

[28] Vgl. dazu vorne S. 63 f. und dortige Anmerkung 20.

den kann[29]. Es genügt also nicht, daß der Gläubiger von den Transaktionen, die zur Übernahme führten, unterrichtet war, z. B. durch seine eigene Mitarbeit im übergehenden Geschäft, oder sonst nach «Treu und Glauben im Verkehr» auf die Übernahme schließen konnte[30]. Auch die Beibehaltung des individuellen Geschäftscharakters durch den Übernehmer, wie sie unter bestimmten Voraussetzungen nach BGB 419 zum Eintritt der Haftungsveränderungen genügt[31] ist nach schweizerischem Recht nicht geeignet, die Erfordernisse in Bezug auf die Art und Weise der Mitteilung zu erfüllen[32], ebensowenig wie die nach deutschem Recht (HGB 25 I) ebenfalls als genügende Bekanntmachung betrachtete bloße Weiterführung der Firma gemäß OR 953 II[33].

Zugegeben sei, daß die Tatbestandsfrage, ob eine Mitteilung — vor allem bei der mündlichen — oder konkludentes

---

[29] So auch BGE 49 II 250 f.; v. Tuhr/Siegwart S. 845 oben und Anm. 115 dort, wo er auf die a. M. Wielands und, wie auch in Anm. 124 S. 846, Beckers in seiner 1. Auflage hinweist. Dieser Ansicht hat sich nun Becker in seiner zweiten Auflage Art. 181 N. 6 angeschlossen.

[30] Worauf m. E. fälschlicherweise ZR 49 Nr. 99 S. 174 ff. und in letzter Instanz das Bundesgericht in 75 II 302 ff. abstellt. Gerade der diesem Urteile zugrunde liegende Tatbestand zeigt klar, daß es dem Übernehmer bei der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung unmöglich gewesen wäre, seine Haftung für die in Frage stehende Schuld auszuschließen.

[31] Vgl. dazu vorne S. 24 Anm. 13.

[32] Umso weniger als nach OR 181 im Gegensatz zu BGB 419 nicht nur Haftung mit dem übernommenen, sondern mit dem ganzen Vermögen eintritt.

[33] Gleiche Meinung v. Tuhr/Siegwart S. 845 oben und Anm. 5; die anscheinend a. M. von Becker in N. 18 zu 181 ist m. E. daraus zu erklären, daß er hier der in der 2. Auflage geänderten Ansicht über die grundsätzliche Frage (S. 53 Anm. 2) zu wenig Rechnung getragen hat. Als Weiterführung der Firma gemäß HGB 25 I gilt in Deutschland auch die Fortführung einer aus firmenrechtlichen Gründen beschränkt geänderten Firma, wie sie ja in unserem Spezialfall, wo die OHG zur Einzelfirma wird, unumgänglich ist. Näheres über die Fortführung der Firma vorne S. 34 f. und hinten S. 99.

Verhalten vorliege, oft nicht leicht zu entscheiden sein wird. Selbstverständlich erstreckt sich aber die Vermutung, daß die Mitteilung die Haftung für alle Geschäftsverbindlichkeiten eintreten lasse nicht darauf, daß überhaupt eine Mitteilung erfolgt sei, wie das Bundesgericht in 75 II 302 anzunehmen scheint.

2. a) Einfachste und umfassendste Bekanntmachungsart ist die Eintragung der Geschäftsübernahme im Handelsregister und die darauf beruhende Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt: Die positive Publizitätswirkung des Handelsregisters bewirkt, daß sich diese Mitteilung alle Gläubiger, aber m. E. auch alle Schuldner entgegenhalten lassen müssen (OR 933)[34]. Überall dort, wo der oder die Veräußerer schon im Handelsregister eingetragen waren, erfolgt auf die Mitteilung des Geschäftsveräußerers hin der entsprechende Eintrag und dessen Veröffentlichung regelmäßig automatisch durch die Handelsregisterbehörden, die auch die Veränderungen der Verhältnisse einzutragen und zu veröffentlichen haben (OR 937, HregVO 59, 60).

   Bei der Übernahme des Geschäftes einer Kollektivgesellschaft wird diese Mitteilungsart infolge der Eintragungspflicht für die Kollektivgesellschaft (OR 552 II, 934 I und HregVO 52 ff) in der Regel gegeben sein. In den folgenden Fällen können aber auch die übrigen Bekanntmachungsarten von Bedeutung sein:

a*) Ist die Kollektivgesellschaft nicht eintragungspflichtig (HregVO 54) oder ist die vorgeschriebene Eintragung unterlassen worden, so erlangt die private — indirekte oder direkte — Mitteilung für den Haftungseintritt des Übernehmers und den Fristenlauf gemäß OR 181 seine Bedeutung.

---

[34] Auf registerrechtliche Einzelheiten wird im dritten und letzten Abschnitt dieser Arbeit noch näher eingetreten, vgl. S. 96 ff.

b*) Ist die Kollektivgesellschaft zwar im Handelsregister eingetragen, nicht aber die Auflösung, Geschäftsübernahme und Beendigung, so wird durch die private Mitteilung der gute Glaube der Gläubiger zerstört, sie können sich bezüglich der Weiterhaftung der Veräußerer nicht auf die Publikationswirkung des Handelsregisters berufen (OR 933 II), die Frist des Art. 181 OR hat mit der Privatmitteilung zu laufen begonnen.

c*) Ist endlich die Kollektivgesellschaft im Handelsregister fälschlicherweise als aufgelöst, liquidiert und beendigt eingetragen, kurz, gelöscht worden, hat aber tatsächlich eine Übernahme mit Aktiven und Passiven stattgefunden, die den Gläubigern direkt oder indirekt ordnungsgemäß mitgeteilt wurde, so liegt trotz dem anders lautenden Eintrag eine Geschäftsübernahme gemäß OR 181 mit den entsprechenden Wirkungen vor.

b) Grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie Registereintrag und Publikation im Handelsamtsblatt hat die Veröffentlichung in Zeitungen, Fachzeitschriften usw. Voraussetzung ist, daß das Publikationsorgan so gewählt wird, daß die Gläubiger damit möglichst vollzählig erreicht werden. Für den Eintritt der Haftungsveränderungen ist nicht erforderlich, daß die Mitteilung die Gläubiger tatsächlich erreicht, es genügt die Wahrscheinlichkeit, daß dies geschieht [35]. Für Geschäftsgläubiger, die völlig außerhalb des Publikationskreises liegen, wird m. E. u. U. eine besondere Einzelmitteilung nötig sein, um die Haftungsveränderungen auszulösen. Darin, daß die gewöhnliche Zeitungspublikation nur gegen Gläubiger wirkt, die wahrscheinlich von ihr erfaßt werden, sehe ich, neben der ebenfalls beschränkten Wirkung gegenüber den Geschäftsschuldnern, auf die sich ja die

[35] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 17, Komm. Oser Art. 181 N. 12, v. Tuhr/Siegwart II. S. 845, Buchli 36, Bühler 30 f., Hasler 136 f., Vaucher 95 f., BGE 75 II 302 ff. = ZR 49 Nr. 99 S. 174 f. = ZbJV 86 S. 547 f.

Wirkungen von OR 181 nicht beziehen, den einzigen Unterschied zur auf der Handelsregister-Eintragung gestützten Publikation im Handelsamtsblatt.

c) Etwas verschieden von den beiden Fällen der indirekten Benachrichtigung durch die Auskündigung in öffentlichen Blättern ist die Wirkung der an die einzelnen Gläubiger direkt gerichteten Mitteilung. Zwar braucht auch sie nicht alle Gläubiger effektiv zu erreichen. Weder verhindert die Nichtbenachrichtigung einzelner Gläubiger — auch die absichtliche — das Eintreten der Wirkungen des Art. 181 OR [36], noch bedarf es einer tatsächlichen Kenntnisnahme. Die Haftungsveränderungen treten aber nur gegenüber den *benachrichtigten* Gläubigern ein [37], und zwar in dem Augenblick, in dem die Mitteilung in dessen Bereich gelangt ist [38]. Die nicht empfangene Mitteilung — was nicht identisch ist mit der Kenntnisnahme! — bleibt ohne Wirkung [39].

Daraus geht hervor, daß die direkte Mitteilung ihre Wirkungen jedem Gläubiger gegenüber individuell entfaltet, und zwar im Zeitpunkt des Empfanges. Für jeden — benachrichtigten — Gläubiger läuft somit die Frist des Art. 181 OR gesondert, und nicht, wie bei der Auskündung in öffentlichen Blättern, von einem bestimmten für alle Gläubiger gleichen Zeitpunkt, nämlich der Veröffentlichung, an. Nach schweizerischem Recht erfüllt also auch die direkte Benachrichtigung eines einzelnen Gläubigers den Tatbestand von OR 181 und bewirkt zwischen diesem und dem Übernehmer die entspre-

---

[36] Vgl. Hasler 136 f., BGE 75 II 302 ff = ZR 49 Nr. 99 S. 174 f. = ZbJV 86 S. 547 f.

[37] Komm. Becker Art. 181 N. 17, v. Tuhr/Siegwart II. S. 845, Komm. Staub-Bondi § 26 N. 6.

[38] Vgl. Anmerkung 37.

[39] Vgl. BGE 75 II 302 ff = ZR 49 Nr. 99 S. 174 f = ZbJV 86 S. 547 f.

chenden Haftungsveränderungen[40]. Darin liegt m. E.[41] der Unterschied zur Mitteilung des deutschen Rechts: In der Benachrichtigung eines einzelnen Gläubigers kann nicht eine «Bekanntmachung in handelsüblicher Weise» gemäß HGB 25 II erblickt werden, sondern dazu sind soviele Mitteilungen erforderlich, daß daraus der Wille des Übernehmers, die Geschäftsschulden zu übernehmen gefolgert werden kann[42]. Ähnliches ist zwar von Becker auch für unser Recht geltend gemacht worden[43], indem er argumentiert, die Wirkungen der Mitteilung träten erst dann ein, wenn der größere Teil der Gläubiger sie empfangen habe. Wie soll aber der einzelne Gläubiger wissen, wieviele Mitgläubiger die Mitteilung auch empfangen haben? Infolge dieser sich aus der obigen Auffassung zwangsläufig ergebenden Unsicherheit bezüglich Beginn und Ende des Fristenlaufs ist diese Lösung, abgesehen davon, daß dafür unserm Gesetz nicht der geringste Anhaltspunkt zu entnehmen ist, zu verwerfen.

3. Die Mitteilung gemäß OR 181 — gleich welcher Art — hat vom Übernehmer oder einer von ihm ermächtigten Person, die auch der Veräußerer sein kann, auszugehen[44], im Gegensatz zur Zessionsmitteilung nach OR 167, die auch vom Zedenten in dessen eigenem Namen ausgehen kann. Der Ver-

---

[40] Vgl. Anmerkung 37.

[41] Wieland S. 282 Anm. 26 sieht m. E. zu Unrecht keinen Unterschied; vgl. Anmerkung 37.

[42] Vgl. Komm. Staub-Bondi § 25 N. 27, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 N. 30, Komm. Schlegelberger § 25 N. 21. — Daraus haben diese Autoren den Schluß gezogen, daß die handesübliche Bekanntmachung des deutschen Rechts, im Gegensatz zur Mitteilung des schweizerischen (vgl. dazu vorne S. 59 f.), der Rechtsnatur nach ein einseitiges Rechtsgeschäft und nicht nur eine bloße Rechtshandlung sei.

[43] Komm. Becker Art. 181 N. 17, SJZ 22 S. 120 Nr. 98.

[44] Vgl. v. Tuhr/Siegwart II. S. 844 f., Bühler 31, Des Gouttes 39, Komm. Staub-Bondi § 25 Anm. 28, Komm. Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 30.

äußerer, in unserem Falle die ehemaligen Gesellschafter, haben einen Anspruch darauf, daß die Mitteilung erfolge [45], und zwar m. E. mangels diesbezüglicher vertraglicher Abrede in der möglichst umfassendsten Form, also Eintrag im Handelsregister und Publikation im Handelsamtsblatt oder, wenn dies z. B. wegen der mangelnden Eintragspflicht der Kollektivgesellschaft nicht in Frage kommt, durch sonstige öffentliche Publikationen; denn sie haben selbstverständlich ein Interesse daran, daß die verkürzte Haftungsfrist möglichst allen Gläubigern gegenüber zu laufen beginnt.

IV. Die Mitteilung als Schuldanerkennung im Sinne von OR 135 Ziff. 1 (BGB 208)

1. Die bisherigen Ausführungen über die Mitteilung als Voraussetzung der Schuldübernahme nach OR 181 legen die Frage nahe, ob sie neben jenen Wirkungen nicht regelmäßig auch die Verjährung der übernommenen Schulden unterbricht, weil in ihr stets deren Anerkennung gemäß OR 135 Ziff. 1 zu erblicken ist. Für den Schuldübernahme*vertrag* nach OR 176 zwischen Übernehmer und Gläubiger wird dies allgemein angenommen [46]. Das scheint richtig, sind doch Offerte und Annahme als Willenserklärung rechtsgültig nur denkbar, wenn die Parteien, vor allem also auch der Übernehmer, Kenntnis haben vom Bestehen der Schuld, was begrifflich Voraussetzung ist für eine Anerkennung der Schuld im Sinne von OR 135 Ziff. 1.

2. Soll dies aber auch, wie v. Tuhr/Siegwart [47] annimmt, für die Geschäftsübernahme gemäß OR 181 gelten, gestützt darauf, daß Absatz 3 dieser Bestimmung ausdrücklich vorsieht, daß «diese Schuldübernahme die gleichen Wirkungen wie die Übernahme einer einzelnen Schuld» hat?

---

[45] Komm. Becker Art. 181 N. 31, Komm. Oser Art. 181 N. 13, Bühler 31.

[46] v. Tuhr/Siegwart II. S. 665, Komm. Oser Art. 135 N. 4, Lanz in SJZ 35 S. 198.

[47] v. Tuhr/Siegwart II. S. 839 Anm. 82.

a) Nicht dagegen sprechen würde, daß die Mitteilung, wie einleitend zu diesem Paragraphen festgestellt wurde [48], anders als Offerte und Annahme, keine Willenserklärung enthält und deshalb kein Rechtsgeschäft ist, denn auch die Anerkennung kann wie die Mitteilung bloß einseitige Rechtshandlung sein; d. h. die Unterbrechungswirkung tritt von Gesetzes wegen ein, ohne daß der Schuldner daran auch nur gedacht hat [49]. Das Argument, daß der Übernehmer in der Regel mit der Mitteilung die Schulden gar nicht anerkennen *wolle*, müßte deshalb unbeachtlich bleiben.

b) Dagegen spricht eine andere Überlegung gegen die Auffassung von Tuhr/Siegwart's wenigstens in ihrer absoluten Formulierung. Die gesetzgeberische Rechtfertigung der Anerkennung der Unterbrechungswirkung der Anerkennungshandlung erblickt der genannte Autor [50] selber darin, daß sich der Gläubiger auf die Aussage des Schuldners über seine eigene Verpflichtung «verlassen darf und daher keinen Anlaß hat, sein Recht einzuklagen». Deshalb auch kommt nur einer Meinungsäußerung gegenüber dem Gläubiger diese Wirkung zu [51], also nicht z. B., auch wenn er ein ausführliches Schuldenverzeichnis enthält, dem internen Übernahmevertrag zwischen Veräußerer und Übernehmer, der nur zufällig zur Kenntnis des Gläubigers gelangt [52]. Der Gläubiger aber soll sich richtigerweise auf sein Recht nur verlassen dürfen, wenn aus der Meinungsäußerung des Schuld-

---

[48] Siehe vorne S. 59 f.

[49] v. Tuhr/Siegwart II. S. 668., Lanz in SJZ 35 S. 199 (und dort zit. Lit.), Komm. Oser Art. 135 N. 3.

[50] v. Tuhr/Siegwart II. S. 668 unten, ebenso Komm. Oser Art. 135 N. 3 a. E.

[51] v. Tuhr/Siegwart II S. 669 oben.

[52] So wenig wie die durch Zufall zur Kenntnis des Gläubigers gelangte Eintragung der Schuld in die Gechäftsbücher des Schuldners, vgl. v. Tuhr/Siegwart S. 669 Anm. 7.

ners auch wirklich hervorgeht, daß er «vom Bestehen seiner Verpflichtung überzeugt ist» [53].

3. a) Gerade das aber wird er in der Mitteilung von der Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven, wenigstens in ihrer allgemeinen Formulierung, in der Regel nicht erblicken dürfen, da er in allen Fällen, wo der Übernehmer ein Dritter ist, doch nicht voraussetzen darf, dieser sei über jede einzelne Schuld im Zeitpunkt der Mitteilung auf dem Laufenden [54]. Selbst der Gläubiger, der aus einer einzigen Forderung berechtigt ist und eine allgemein gehaltene private Mitteilung erhält, darf sich nicht darauf verlassen, verschickt doch der Übernehmer solche Mitteilungen regelmäßig nicht nur an Gläubiger, sondern an Kunden, Lieferanten, Interessenten usw. ganz allgemein.

Werden hingegen bestimmte Verbindlichkeiten in der Mitteilung selber genannt oder dadurch zu deren integrierenden Bestandteil, daß in der Bekanntmachung, z. B. zum Zwecke der Haftungsbeschränkung, auf ein ausführliches Schuldenverzeichnis oder Inventar verwiesen wird, so liegt m. E. eine Schuldanerkennung im Sinne von OR 135 Ziff. 1 vor [55], nach dem Vorausgesagten unabhängig davon, ob der Schuldner an diese Wirkung seiner Handlung auch nur gedacht hat [56]. Wird die Haftung aber auf die Weise eingeschränkt, daß die von der Übernahme ausgeschlossenen Passiven in der Mitteilung genannt werden, so liegt selbstverständlich darin

---

[53] v. Tuhr/Siegwart II. S. 668.

[54] Ebenso Lanz, in SJZ 35 S. 199 f., Capitaine 112 f. und 115.

[55] Mangold 80 f.; in diesem Sinne ist Lanz, in SJZ 35 S. 199 zu absolut, wenn er Unterbrechung der Verjährung durch Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven nach OR 181 schlechthin verneint.

[56] Durch die Mitteilung, aber nur durch sie (vgl. oben S. 62 f.), kann also auch der interne Übernahmevertrag, bzw. ein dessen Bestandteil bildendes Schuldenverzeichnis für die Frage der Verjährung von Bedeutung sein.

— immer bei der Übernahme durch einen Dritten — nicht eine Schuldanerkennung, da diese nur von den Schuldnern, also von den veräußernden Gesellschaftern ausgehen könnte. Art. 136 OR, der die Wirksamkeit der Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner für alle vorsieht, kann in diesem Falle schon deswegen nicht angewendet werden, weil das darin vorausgesetzte Solidarschuldverhältnis (zwischen Übernehmer und Veräußerer) ja erst mit der Mitteilung entsteht. Ob er es im Falle der Übernahme durch einen Gesellschafter, der ja schon kraft des Gesellschaftsverhältnisses solidarisch haftet, ist, soll in anderem Zusammenhang geprüft werden [57].

b) Hier ist aber noch die Frage zu prüfen, ob die allgemeine Übernahmemitteilung nicht für den übernehmenden *Gesellschafter,* der ja nicht wie der Dritte von ausserhalb des Geschäftes kommt, sondern schon vor der Übernahme daran beteiligt ist, eine Schuldanerkennung darstellt und sich somit für unsern Spezialfall die Auffassung v. Tuhr/Siegwart's von der unterbrechenden Wirkung der Geschäftsübernahme gemäß 181 OR vertreten ließe [58]. Capitaine [59], der bezüglich der Drittübernahme mit der vertretenen Meinung übereinstimmt, bejaht das. Wenn man aber vom vorne dargelegten Wesen der Anerkennung ausgeht, scheint Zweifel daran berechtigt zu sein. Oft genug wird die Kenntnis des übernehmenden Gesellschafters bezüglich der Geschäftsschulden nicht sehr viel größer sein, als jene des Drittübernehmers [60], sodaß der Gläubiger durchaus keine Ver-

[57] Vgl. hinten S. 85 ff. Diese Ausführungen über die Unterbrechungswirkung gegenüber den Ausgeschiedenen gelten entsprechend auch für die Übernahme.

[58] Selbstverständlich gelten zum mindesten die soeben entwickelten Grundsätze auch für ihn.

[59] Capitaine 112.

[60] Das dürfte z. B. ganz besonders für den übernehmenden Kommanditär gelten.

anlassung hat, auf eine allgemein gehaltene Übernahmebekanntmachung abzustellen und auf die Einklagung seines Rechtes zu verzichten. Anders verhält es sich aber m. E. in dem Falle, wo jener Gesellschafter übernimmt, mit dem der Gläubiger stets alle seine Geschäfte abgewickelt hat. In diesem Falle darf er Kenntnis der daraus entsprungenen Verbindlichkeiten voraussetzen und annehmen, daß in der Mitteilung von der Übernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven eine Anerkennung seiner Forderungen liege, denn auf einen besonderen Schuldbetrag braucht diese ja nicht zu gehen, es genügt die Anerkennung der grundsätzlichen Schuldpflicht [61].

B. Im Falle der Fortsetzung

I. Allgemeines zur Bekanntmachung des Ausscheidens und Fortsetzens

1. Im Gegensatz zur Übernahme mit Aktiven und Passiven ist der «Übergang» der Verbindlichkeiten auf den Fortsetzer beim Ausscheiden von Gesellschaftern nicht von der Bekanntmachung dieses Vorganges abhängig. Mit Verwirklichung des Ausscheidungsgrundes wachsen dem fortsetzenden Gesellschafter Aktiven und Passiven ohne weiteres an. Seine Haftung gegenüber den Geschäftsgläubigern setzt sich einfach fort [62], aber auch die Haftung des Ausgeschiedenen für die bereits entstandenen Verbindlichkeiten wird unter bestimmten Umständen lediglich zeitlich gekürzt, fällt aber nicht dahin; dagegen haften sie nicht mehr für die vom Fortsetzer neu begründeten Verbindlichkeiten.

2. Solange jedoch der Handelsregistereintrag nicht geändert wird und die Gesellschaftsgläubiger und -schuldner von den Veränderungen keine Kenntnis haben, bleibt ihre Rechtsstellung die gleiche, da sie sich, solange gutgläubig, dank der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters auf dieses

[61] Vgl. Komm. Oser Art. 135 N. 3 a. E., Komm. Becker Art. 135 N 5.
[62] Vgl. hinten S. 82.

verlassen dürfen. Deshalb wird es praktisch auch bei der Fortsetzung regelmäßig zu einer Bekanntmachung — gewöhnlich durch Änderung des Handelsregistereintrages — kommen, die dann nach außen die dem innern Vorgang entsprechenden Wirkungen hervorbringt. Sie ist aber — mit einer Ausnahme —, anders als bei der Übernahme, nicht Gültigkeitsvoraussetzung der Veränderungen, sondern diese treten durch *jede* Kenntnisnahme, auch aus Dritthand, ein. Das gilt sowohl für den Eintritt der unmittelbaren Haftung der Gesellschafter infolge der Auflösung der Gesellschaft unter Wegfall des Vorzugsrechts gemäß OR 570 I wegen Vermischung von Gesellschafts- und Privatvermögen [63] als auch für den Beginn der alleinigen Haftung des Fortsetzers für die nachher begründeten Schulden [64], da es dafür nur darauf ankommt, daß der gute Glaube der Geschäftsgläubiger zerstört wird, von welchem Augenblick an sie sich nicht mehr auf den Handelsregistereintrag verlassen können. Dieser letztere Grund führt dazu, daß auch die Ausgeschiedenen einer nicht eintragspflichtigen [65] oder sonst nicht eingetragenen Kollektivgesellschaft alles Interesse haben, ihr Ausscheiden bekannt zu machen, gleich wie übrigens der Fortsetzer selber, damit die Geschäftsschuldner ihm leisten müssen. Ein weiterer Grund für die Bekanntmachung kann darin erblickt werden, daß nur so gewisse Passiven von der Fortsetzung ausgeschlossen werden können, was allerdings praktisch nur dazu führt, daß auch der fortsetzende Gesellschafter für diese Verbindlichkeiten — Eintrag der Haftung vorausgesetzt — der verkürzten Verjährungsfrist teilhaftig wird [66].

II. Handelsregistereintrag und Publikation als Voraussetzung der verkürzten Haftungsdauer für die Ausgeschiedenen

1. Die vorhin erwähnte Ausnahme ist die verkürzte Verjährungsfrist von OR 591 für die Ausgeschiedenen. Diese be-

[63] Komm. Siegwart 579 N. 5.

[64] Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 8.

[65] Siehe vorne S. 45 Anm. 102.

[66] Vgl. dazu hinten S. 84 f.

ginnt nicht mit bloßer Kenntnisnahme, sondern nur durch *qualifizierte Bekanntmachung*[67], nämlich Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister und Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt zu laufen. Diese Eintragung schreibt OR 581 ausdrücklich vor; sie würde sich aber schon aus OR 937 und HregVO 59/60 ergeben.

2. Die Wirkung der Handelsregistereintragung deckt sich im übrigen mit jener der Übernahme mit Aktiven und Passiven[68]: Der Schuldner darf nur noch an den Fortsetzenden leisten, wobei er aber im Gegensatz zur Übernahme mit Aktiven und Passiven *keine Zessionskontrolle* vornehmen muß, da gar keine Zession notwendig ist[69]. Den Gläubigern haftet für die Neuschulden nur noch der Fortsetzer. Es ist aber noch einmal festzuhalten, daß diese Wirkungen bei der Fortsetzung auch schon vor oder ohne Eintrag, ja ohne Mitteilung im Sinne der Übernahme eintreten können, während dies bei der Übernahme nur für die Wirkungen gegenüber den Geschäftsschuldnern zutrifft.

III. Die Bekanntmachung der Fortsetzung als Schuldanerkennung

Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß auch die Bekanntmachung der Fortsetzung, sofern sie vom Fortsetzenden oder den Ausgeschiedenen ausgeht, unter der gleichen Voraussetzung wie die Mitteilung bei der Geschäftsübernahme eine Schuldanerkennung enthalten kann[70]. Ob sie nur für denjenigen wirkt, von dem die Bekanntmachung ausging oder gemäß OR 136 auch für die solidarisch verpflichteten Mitschuldner, soll in anderem Zusammenhang geprüft werden[71].

---

[67] Im Gegensatz also zur Übernahme mit Aktiven und Passiven, wo *jede Mitteilung* den verkürzten Fristenlauf nach OR 181 auslöst.

[68] Vgl. oben S. 65.

[69] Vgl. oben S. 53.

[70] Siehe vorne S. 73 f.

[71] Vgl. hinten S. 87 f.

§ 5 Die Haftungsveränderungen infolge der Uebernahme bzw. Fortsetzung

I. Die Haftungsverhältnisse vor der Übernahme bzw. Fortsetzung

1. Es ist schon bei den Ausführungen über die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft [1] darauf hingewiesen worden, daß das (regelmäßig vorhandene) Gesellschaftsvermögen vom Privatvermögen der Gesellschafter zu unterscheiden sei. Dieses Gesellschaftsvermögen haftet den Gesellschaftsgläubigern *primär und unmittelbar* OR 570 I [2].

2. Die alleinige Haftung des Gesellschaftsvermögens würde aus der Kollektivgesellschaft ein blutleeres Gebilde machen, da sie infolge des Fehlens von Vorschriften über Bildung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens völlig kreditunfähig wäre. Der Gesetzgeber hat deshalb zwingend die *solidarische* [3], *unbeschränkte Haftung der Gesellschafter* mit ihrem *ganzen Vermögen* [4] vorgeschrieben, welche die Grundlage des Kredites der Kollektivgesellschaft bildet. Allerdings haften die Gesellschafter nach schweizerischem Recht, im Gegensatz zum deutschen (HGB 128) [4], nur *susidiär* hinter der Gesellschaft [5], d. h. sie können von den Gesellschaftsgläubigern für Gesellschaftsverbindlichkeiten erst belangt werden, wenn die Ge-

---

[1] Siehe vorne S. 45 ff.

[2] Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 1 f., v. Wyß 42 ff., Mangold 17 f., Spörri 79.

[3] Komm. Hartmann Art. 568 N. 14, Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 19, v. Wyß 24 ff., Spörri 80, BGE 46 II 472. — Mit der solidarischen Haftung hat er das Gesamthandsprinzip durchbrochen, vgl. vorne S. 47

[4] Komm. Hartmann Art. 568 N. 2, Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 20, v. Wyß 17 ff.

[5] Vgl. Komm. Hartmann Art. 568 N. 12, 15, Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 2, 13 f., v. Wyß 32 ff., Job 49 f., Mangold 20 ff., Syz 41 f., BGE 46 II 472, ZbJV 44 S. 372 ZR 32 Nr. 39, 23 Nr. 125 Erw. 3.

sellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist, oder wenn sie selbst in Konkurs geraten sind, OR 568 III [6].

II. Die Haftungsverhältnisse nach der Übernahme bzw. Fortsetzung

1. Allgemeines zu den Haftungsveränderungen

Es ist im Vorgehenden wiederholt festgestellt worden, daß die in dieser Arbeit einander gegenüber gestellten Tatbestände zwangsläufig die Auflösung der Gesellschaft bewirken. Soll die Kreditfunktion der Haftungsregelung der Kollektivgesellschaft aber nicht illusorisch gemacht werden, so darf die unbeschränkte, persönliche Haftung der Gesellschafter weder durch die Auflösung der Gesellschaft noch durch das Ausscheiden einzelner Gesellschafter (für diese) dahinfallen, ja sich nicht einmal wesentlich verändern. Es ist denn auch ein Merkmal der die Kollektivgesellschaft und die OHG gleichermaßen charakterisierenden Haftung, daß diese Vorgänge die Haftung der Gesellschafter — sie haften ja schon bei nicht aufgelöster Gesellschaft persönlich — für die (alten) Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht aufheben [7]. Die Stellung der Gesellschaftsgläubiger soll dadurch möglichst nicht verschlechtert werden [8]. Anderseits erfordern sowohl die Inte-

[6] Komm. Hartmann Art. 568 N. 18 ff., Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 13 f.

[7] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 27, Komm. Hartmann Art. 574 N. 31, 576 N. 11, 591 N. 2, Komm. Siegwart Art. 576 N. 5, Buchli 83 f., Luckat ganze Arbeit, insbesondere S. 24 ff., 34. — Für's deutsche Recht vgl. Klemm 75 f., Mengering 168, Strunz 32 f., Lehmann in ZHR 79 S. 58, Schubert 96.

[8] Vgl. dazu auch OR 551 für die aufgelöste Gesellschaft. Es gilt das Prinzip, daß dem in Anspruch genommenen Gesellschafter sowohl seine persönlichen Einreden als auch jene der Gesellschaft zur Verfügung stehen, nicht aber jene aus dem Übernahme- bzw. Fortsetzungsvertrag, vgl. dazu Komm. Siegwart 568/69 N. 23, v. Wyß 80 ff., Buchli 76, Breitenbach 67 f., Komm. Staub-Bondi § 25 N. 10, Komm. Weipert § 159 N. 16, Hueck 204, Heubach 47, Mandelbaum 65.

Im Falle des § 142 HGB findet der § 129 HGB keine Anwendung: Lehmann in ZHR 79 S. 74.

ressen der Gläubiger als auch jene der ehemaligen Gesellschafter gewisse Änderungen.

Neben diesen Veränderungen infolge der Auflösung der Gesellschaft werden dann aber vor allem auch die spezifischen Veränderungen infolge der Übernahme bzw. der Fortsetzung des Geschäftes zu betrachten sein, die z. T. neben jenen bestehen, sie z. T. aber auch noch modifizieren. In der Regel treten die beiden Veränderungen miteinander ein; im Falle der Übernahme- bzw. Fortsetzungsvereinbarung *nach* Auflösung der Gesellschaft [9] jedoch entstehen nur die Haftungsveränderungen infolge der Auflösung und erst mit der nachträglichen Übernahme bzw. Fortsetzung die diesen Vorgängen eigenen Veränderungen. Jene sind deshalb im folgenden zuerst darzustellen.

2. Die Haftungsveränderungen infolge der Auflösung

a) Als wichtigste Rechtsfolge bewirkt die Auflösung der Gesellschaft, daß die *Subsidiarität* der Haftung der Geselschafter *entfällt* (OR 568 III) [10]. Sobald die Gläubiger von der Auflösung Kenntnis haben — also unabhängig davon ob sie (schon) im Handelsregister eingetragen und publiziert ist —, können sie die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft direkt belangen[11], treten aber in Konkurrenz mit dessen Privatgläubiger.

b) Eine weitere Folge der Auflösung ist der Eintritt der *verkürzten Haftungsfrist* gemäß OR 591 (HGB 159). Neben den ordentlichen Verjährungsfristen beginnt mit dem Eintrag

---

[9] Vgl. darüber vorne S. 18 ff.

[10] Wo die *Gesellschaft* fortbesteht und nur einzelne Gesellschafter ausscheiden, bleibt den Ausgeschiedenen die Einrede der Vorausklage (gegen die fortsetzende Gesellschaft) erhalten, OR 568 III. Wie es sich damit verhält, wenn nur einer fortsetzt, die Gesellschaft sich also zwangsläufig auflöst, soll hinten S. 84 und 88 f. untersucht werden.

[11] Vgl. dazu Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 14 und die dort zitierte Lit. — Nach deutschem Recht tritt diesbezüglich durch die Auflösung keine Änderung ein, da die Gesellschafter schon vor der Auflösung unmittelbar haften; vgl. vorne S. 78 Anm. 4.

der Auflösung[12] oder richtigerweise mit der darauf beruhenden Veröffentlichung im Handelsamtsblatt[13] für alle ehemaligen Gesellschafter eine fünfjährige Frist zu laufen[14]. Der Eintrag ist Voraussetzung des Beginns dieser Frist, andere Kenntnisnahme genügt nicht; erfolgt er nicht, so z. B. bei einer gemäß HregVO 54 nicht eintragungspflichtigen Gesellschaft, so gilt die normale Verjährungsregelung, OR 127 ff. Breitenbach[15] beruft sich für seine andere Meinung zu Unrecht darauf, daß nach der negativen Publizitätswirkung des Handelsregisters der Gläubiger sich nicht mehr auf den Eintrag stützen könne, wenn er erfahren habe, daß dieser nicht mehr stimme. Der Gesetzestext «nach der Veröffentlichung seines Ausscheidens oder der Auflösung der Gesellschaft im schweizerischen Handelsamtsblatt» läßt keinen Zweifel offen, daß die kurze Frist von OR 591 nur zu laufen beginnt, wenn diese Veröffentlichung erfolgt. Das hat seinen guten Sinn: Wenn sich der Gesellschaftsgläubiger durch das Ausscheiden bzw. die Auflösung der Gesellschaft schon eine zeitliche Kürzung seiner Rechte gefallen lassen muß, so soll wenigstens der

[12] So im deutschen Recht, vgl. Komm. Staub-Pinner § 159 N. 1, 6, 8 ff., Komm. Weipert § 159 N. 2, 14, 19 f., 25, Wieland 727 ff., Hueck 224, 345 f., Diester 51, Klemm 44, 78, Mandelbaum 66, 69 f., Mertz 71 ff., Mangold 37 f.

[13] Bzw. mit der Fälligkeit der Forderung, wenn diese erst nachher eintritt, vgl. Komm. Hartmann Art. 576 N. 13, 581 N. 3, 591 N. 3 ff., 9 ff. Komm. Siegwart Art. 581 N. 4, 8, 591/93 N. 2, 3, 8 und viele andere.

[14] Selbstverständlich nur, wie OR 591 I ausdrücklich feststellt, «für Forderungen von Gesellschaftsgläubigern gegen einen Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft», also nicht auch für Forderungen der Gesellschaft gegeneinander (z. B. Regreßforderungen) oder der Gesellschafter gegen die Gesellschaft (z. B. der Abfindungsanspruch), für die das ordentliche Verjährungsrecht gilt; vgl. Komm. Hartmann Art. 591 N. 13, Komm. Siegwart Art. 581 N. 11, 591/93 N. 6, 16 f., Capitaine 114 f., Kramer 30, Mangold 27 f., 50 f., 78 f., 81, SJZ 34 S. 217 (158), Komm. Staub-Pinner § 159 N. 1, Komm. Weipert § 159 N. 14, Wieland 727, Hueck 344 f., Kahn 96, Mertz 68 ff., Strunz 27 ff.

[15] Breitenbach 23, 75.

Beginn der verkürzten Frist durch ein formelles Kriterium eindeutig festgelegt sein.

Die fünfjährige Frist kann aber demjenigen Gläubiger nicht entgegengehalten werden, der seine Befriedigung nur aus ungeteiltem Gesellschaftsvermögen sucht, OR 592 I. Eine solche Forderung richtet sich jedoch ausschließlich gegen die Gesellschaft; falls sie inzwischen gelöscht wurde und die Frist von SchKG 40 I, der die Betreibung der Gesellschaft noch während sechs Monaten nach Veröffentlichung der Löschung vorsieht [16], bereits abgelaufen ist, könnte erst nach ihrer Wiedereintragung gegen sie vorgegangen werden [17].

3. Die Haftung des Übernehmers und des Fortsetzers

a) a*) Der *Drittübernehmer* eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven haftet ab Mitteilung für die darin nicht von der Übernahme ausgeschlossenen Verbindlichkeiten des Geschäftes solidarisch mit den Veräußerern unmittelbar und unbeschränkt mit dem ganzen Vermögen [18]. Diese für den Drittübernehmer weitgehende Haftung erklärt sich aus der Natur des Vorganges als besondere Art der Schuldübernahme und findet ihre innere Rechtfertigung darin, daß das übernommene Geschäftsvermögen im Privatvermögen des Dritten aufgeht und sich deshalb dem Zugriff der Privatgläubiger öffnet, weshalb dem Geschäftsgläubiger umgekehrt auch die Befriedigung aus dessen Privatvermögen, bzw. des nunmehrigen Gesamtvermögens offenstehen muß.

Aus der Natur des Vorganges der Schuldübernahme ergibt sich ferner, daß die Schulden so übergehen, wie

[16] Komm. Hartmann Art. 581 N. 3, Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 28 f., 581 N. 8, Breitenbach 66, Jenny Alexander 59, Guhl in OR S. 613, BGE 42 III 39, 41 III 333, ZR 15 Nr. 148 Erw. 1 ff.

[17] Vgl. dazu Komm. Hartmann Art. 592 N. 2.

[18] Komm. Oser Art. 175/83 N. 2, 4. Buchli 73, 77 ff., Bühler 37 ff., 42 f., Des Gouttes 87 f., SJZ 49 S. 310 (125), 32 S. 282 (202), Komm. Staub-Bondi § 25 Anm. 9, 11, 29, § 26 Anm. 1, Heubach 44 f., Diester 49.

sie im Augeblick der Mitteilung bestanden. Insbesondere gilt für sie die normale Verjährungsregelung der Art. 127 ff. OR (BGB 194 ff.), in der Regel also die zehnjährige Frist. Die bereits aufgelaufene Verjährung kann sich der Übernehmer anrechnen. Soweit allerdings in der Mitteilung eine Schuldanerkennung zu erblicken ist[19], beginnen die Fristen neu zu laufen, OR 135 und 137. Für die diesbezüglichen Einzelheiten verweise ich auf die einschlägige Literatur.

b*) Diese Haftungsregelung gilt genau gleich auch für den *übernehmenden Gesellschafter,* für den allerdings die Haftungsveränderungen nicht so einschneidend sind, haftet er doch nicht anders, wie er als ehemaliger Gesellschafter (ohne Eintragung der Auflösung) ohnehin haften würde[20]. Allerdings tritt für ihn die unmittelbare Belangbarkeit u. U. kraft Gesellschaftsrecht schon vor der Mitteilung ein, dann nämlich, wenn diese mit der Auflösung der Gesellschaft zeitlich nicht zusammenfällt. In diesem Fall und unter der Voraussetzung, daß die Auflösung eingetragen wurde, beginnt vorerst, wie auf S. 80 f. gezeigt, für alle Gesellschafter neben der ordentlichen Verjährungsfrist die fünfjährige Frist des Art. 591 OR zu laufen. Mit der Mitteilung der Übernahme treten jedoch deren spezifische Wirkungen gemäß OR 181 ein. Bezüglich der Haftung des Übernehmers heißt das, daß er sich, wie OR 592 II ausdrücklich statutiert, trotz eingetragener Auflösung nicht mehr auf die fünfjährige Frist berufen kann, sondern ausschließlich dem ordentlichen Verjährungsrecht unterworfen ist. Für ihn hat die abgekürzte Frist des Art. 591 lediglich noch Bedeutung, sofern Passiven in der Mitteilung von der Übernahme ausgeschlossen wur-

[19] Vgl. dazu vorne S. 71 ff.

[20] Für den übernehmenden Kommanditär tirtt alllerdings an Stelle der beschränkten die unbeschränkte Haftung. Jene dauert aber weiter bezüglich der von der Übernahme ausgeschlossenen Passiven.

den; für sie gilt auch nach erfolgter Übernahme die fünfjährige Frist im vorne auf S. 80 f. dargelegten Sinne.

b) a*) Die Haftung des *Fortsetzers* des Geschäftes unterscheidet sich m. E. in nichts von jener des Übernehmers. Auch er haftet — kraft Anwachsung [21] — für sämtliche nicht ausgenommenen Geschäftsverbindlichkeiten persönlich mit seinem ganzen Vermögen, und zwar vom Augenblick des Ausscheidens der Partner an, da sich gleichzeitig die Gesellschaft auflöst, unmittelbar und innerhalb der — evtl. unterbrochenen [22] — ordentlichen Verjährungsfristen. Es handelt sich hier also ebenfalls, wie praktisch ja auch bei der Übernahme durch einen Gesellschafter, lediglich um die Fortsetzung der bereits bestehenden Haftung [23], nur daß bei beiden Vorgängen mit der Auflösung der Gesellschaft die direkte Belangbarkeit der Gesellschafter — auch des fortsetzenden — eintritt [24].

b*) Im Gegensatz zu den ausgeschiedenen Mitgesellschaftern, aber in Übereinstimmung mit der Regelung für den Übernehmer, kann sich aber der Fortsetzer — und darin liegt wie bei der Übernahme durch einen Gesellschafter eine Modifikation der allgemeinen Auflösungsfolgen — trotz eingetragener Auflösung der Gesellschaft *nicht* auf die *fünfjährige Frist* des Art. 591 OR berufen, sondern unterliegt der ordentlichen Verjährung nach OR 127 ff [25]. Im Gegensatz zur Übernahme fehlt es zwar an einer diesbezüglichen Gesetzesvorschrift. Diese Lösung ergibt sich jedoch aus der Überlegung,

---

[21] Vgl. vorne S. 51 f.

[22] Sofern mit der Bekanntmachung der Fortsetzung eine Schuldanerkennung erfolgt ist, vgl. vorne S. 77.

[23] Gleiche Regelung im deutschen Recht, nur daß dort, wie schon festgestellt, unmittelbare Belangbarkeit der Gesellschafter von Anfang an besteht; vgl. Hueck 303, Mandelbaum 63, Luckat 34.

[24] Vgl. dazu näheres hinten S. 88 f.

[25] Vgl. Mangold 78.

daß der Gesetzgeber die verkürzte Frist offensichtlich aus Billigkeitsgründen nur für jene Gesellschafter vorgesehen hat, die nicht nur aus der Gesellschaft ausscheiden, sondern sich darüber hinaus auch vom Geschäft der Gesellschaft zurückziehen, worauf gerade auch OR 592 II hinweist. Wo aber das Geschäft fortgeführt wird, rechtfertigt es sich nicht, eine Veränderung der Haftungszeit den Gesellschaftsgläubigern gegenüber eintreten zu lassen. Dies ist auch die Meinung der deutschen Doktrin und Praxis [26].

Auf die fünfjährige Frist berufen kann sich natürlich auch der Fortsetzer des Geschäftes, soweit es sich um von der Fortsetzung ausgeschlossene Passiven handelt, da dann nicht seine Haftung als Fortsetzer, sondern als ehemaliger Gesellschafter in Frage steht. Auch diesbezüglich ist also der Fortsetzer nicht anders zu behandeln als der Übernehmer.

4. Die Haftung der Ausgeschiedenen und der Veräußerer

a) a*) Die Haftung des *ausgeschiedenen Gesellschafters* ist mit einer kleinen, praktisch nicht sehr bedeutsamen Ausnahme völlig identisch mit jener der Gesellschafter einer aufgelösten Kollektivgesellschaft überhaupt [27]. Diesbezüglich spielt es also keine Rolle, ob das Geschäft fortgesetzt wird oder nicht. Die nicht fortsetzenden Gesellschafter werden zwar von der Haftung nicht frei, für sie läuft aber vom Tage der Publikation ihres Ausscheidens im Handelsamtsblatt an die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 591 OR. Falls die Fortsetzung

[26] Vgl. Düringer-Hachenburg § 159 N. 4, RGE 142 S. 301 f. u. die dort zitierten Autoren, und insbesondere die Kritik von Lehamnn in JW 1934 S. 256 an der Begründung dieses Entscheides; Lehmann verneint hier die Notwendigkeit, den Umweg über HGB 25 einzuschlagen, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, da darauf im oben dargelegten Sinne aus HGB 159 (enspr. OR 591) direkt geschlossen werden können. Ebenso Komm. Weipert § 159 N. 14.

[27] Vgl. vorne S. 80 ff.

erst nach eingetragener Auflösung im Liquidationsstadium beschlossen wird, hat die Frist schon mit der Veröffentlichung der Auflösung im Handelsamtsblatt (oder der späteren Fälligkeit) zu laufen begonnen. Erfolgt überhaupt keine Eintragung im Handelsregister, so gilt das ordentliche Verjährungsrecht unter Anrechnung der bereits aufgelaufenen Verjährung [28].

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob nicht auch für die Ausgeschiedenen die *Verjährung unterbrochen* werde, wenn in der Bekanntmachung der Fortsetzung durch den Fortsetzer eine Schuldanerkennung liegt [29]. Nach der allgemeinen Regel von OR 136, wonach Unterbrechungshandlungen des und gegen den Solidarschuldner auch gegen die Mitschuldner wirken, wäre das der Fall. Nun bestimmt aber OR 593 in Abweichung davon, daß weder die Unterbrechung der Verjährung gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft noch gegenüber einem andern Gesellschafter die Verjährung gegenüber dem *ausgeschiedenen* Gesellschafter zu unterbrechen vermöge [30]. Diese Bestimmung hat aber lediglich Bezug auf die Unterbrechung der fünfjährigen Frist gemäß OR 591 [31]. Durch eine solche Anerkennung wird also gemäß OR 136 auch gegenüber den Ausgeschiedenen die gleichzeitig oder, im Falle der Nichteintragung des Ausscheidens, ausschließlich laufende ordentliche Verjährungsfrist unterbrochen. Der Ausge-

[28] Vgl. Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 2, Komm. Hartmann Art. 591 N. 11.

[29] Wenn dies der Fall ist, vgl. vorne S. 77. Im deutschen Recht stellt sich diese Frage gar nicht, da nach der dortigen allgemeinen Regel von BGB 425 II im Gegensatz zu OR 136 Verjährungsunterbrechungen nur gegenüber dem Solidarschuldner wirken, von dem sie ausgegangen sind oder gegen den sie gerichtet wurden; vgl. dazu Komm. Palandt § 425 N. 2, Schubert 98, Mangold 46.

[30] Vgl. Breitenbach 77, Mangold 45 f., Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 9.

[31] Vgl. Komm. Hartmann Art. 593 N. 4, Mangold 79, Capitaine 115 unten.

schiedene soll sich nämlich nur darauf verlassen können, daß er ohne sein Zutun oder das Vorgehen gegen ihn höchstens noch fünf Jahre haftet, nicht aber darauf, daß auch die ordentliche Verjährungsfrist unbeachtlich der Handlungen der Solidarverpflichtungen weiterlaufe. Praktisch wird dies allerdings, sofern das Ausscheiden eingetragen ist, keine sehr große Rolle spielen, da Geschäftsschulden in der Regel erst nach 10 Jahren (OR 127) verjähren und innert Jahresfrist bezahlt zu werden pflegen, sodaß die für die Ausgeschiedenen durch Handlungen des Fortsetzers nicht unterbrechbare fünfjährige Frist immer noch die kürzere ist als die ordentliche Verjährungsfrist unter Anrechung des bereits abgelaufenen Teils [32].

Die Anwendung von OR 593 auf die Anerkennung durch Bekanntmachung läßt sich m. E. praktisch überhaupt nur denken für den Fall der Fortsetzung im Liquidationsstadium, d. h. nach eingetragener Auflösung, da ja nur dann die fünfjährige Frist überhaupt schon zu laufen begonnen hat. Im Liquidationsstadium ist der später Ausscheidende noch nicht als solcher, sondern wie alle andern als Liquidationsgesellschafter zu betrachten. Es frägt sich nun, ob OR 593 für die Unterbrechung der fünfjährigen Frist schlechthin gilt oder *nur zugunsten des ausgeschiedenen* Gesellschafters. Mit Siegwart [33] und Mangold [34] ist — und darin liegt der Unterschied zur bloßen Auflösung — letzteres anzunehmen, da OR 593 als Ausnahmebestimmung nicht ausdehnend interpretiert werden darf, der Wortlaut aber — «vermag die Verjährung gegenüber einem ausgegeschiedenen Gesellschafter nicht zu unterbrechen» — eindeutig für den Schutz lediglich des ausgeschiedenen

[32] Vgl. Mangold 44.

[33] Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 4, gleiche Meinung Capitaine 115.

[34] Mangold 45 f.; auf S. 79 bestätigt er die Anwendung dieser Grundsätze auch auf das Ausscheiden bis auf einen ausdrücklich.

Gesellschafters, der ja auf die Ergebnisse keinen Einfluß mehr hat, nicht auch des Liquidationsgesellschafters spricht. Für die Wirkung der Unterbrechung der fünfjährigen Frist unter diesen gilt OR 136 [35]. Da nun aber *für die Gläubiger,* die sich auf den Handelsregistereintrag verlassen dürfen, die Bekanntmachung des Ausscheidens aus der Liquidationsgesellschaft und die Fortsetzung des Geschäftes die letzte Liquidationshandlung bedeutet, d. h. die nicht fortsetzenden Gesellschafter erst zu Ausscheidenden macht, erfolgt dadurch, falls ihr überhaupt Anerkennungswirkung zukommt, Unterbrechung der infolge Auflösung laufenden fünfjährigen Frist gegen alle Gesellschafter [36].Daß die Gläubiger von diesem Zeitpunkt an gegenüber allen eine neue fünfjährige Frist [37] haben, die nun nicht mehr durch Unterbrechung gegenüber dem Fortsetzer oder einem einzelnen Ausgeschiedenen mit Wirkung für alle unterbrochen werden kann, erscheint auch als durchaus richtig [38].

b*) Entgegen einer verbreiteten Meinung [39] ist die Stellung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters auch hin-

[35] Mangold 46 oben und 47. Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 4.

[36] Für den Fortsetzer entfällt damit die 5jährige Frist überhaupt, vgl. oben S. 84 f.

[37] Über die Verschiedenheit der infolge Unterbrechung durch Urkunden *neu* laufenden Fristen für den *Ausgeschiedenen* und die Liquidationsgesellschafter vgl. Mangold 46 f und 48 oben.

[38] Diesem Grundsatz entsprechend gilt OR 593 auch nicht für von der Fortsetzung ausgenommene Verbindlichkeiten; denn bezüglich dieser Forderungen kann der Ausgeschiedene nicht als solcher betrachtete werden. Diese Passiven sind dem Fortsetzer nicht angewachsen, weshalb er ja in Bezug auf sie ebenfalls im Genuß der 5jährigen Frist steht (vgl. vorne S. 79). Wenn sie aber nicht angewachsen sind, konnten die übrigen Gesellschafter bezüglich dieser Schulden auch nicht ausscheiden, sondern sind wie Liquidationsgesellschafter zu behandeln.

[39] Vgl .Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 18, 579 N. 7, Komm. Hartmann Art. 579 N. 11, Breitenbach 14, 15 f., Mangold 78 f.

sichtlich seiner *Belangbarkeit* keine andere als die irgend eines Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft. Wenn es auch zutrifft, daß OR 568 III die Subsidiarität der Haftung ausdrücklich auch für den ausgeschiedenen Gesellschafter vorschreibt und der Fall des Ausscheidens bis auf einen grundsätzlich den allgemeinen Regeln über das Ausscheiden untersteht [40], so läßt sich m. E. die primäre Haftung des Geschäftsvermögens, wie sie im Grundsatz der subsidiären Belangbarkeit verwirklicht ist, nur rechtfertigen, wenn überhaupt noch solch ein separates Geschäfts- oder Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, wie das beim Ausscheiden aus fortbestehender Gesellschaft zutrifft. Das ist aber beim Ausscheiden aller bis auf einen und der Fortsetzung des Geschäftes durch diesen nicht der Fall, sondern das bisher den Geschäftsgläubigern primär haftende Gesellschaftsvermögen verschmilzt mit dem Privatvermögen des Fortsetzers. Es rechtfertigt sich deshalb, hier die Regel über die Auflösung jener über das Ausscheiden vorgehen zu lassen. Für die Auflösung schreibt OR 568 III die *direkte* Belangbarkeit aller Gesellschafter ausdrücklich vor. Darin, daß das Ausscheiden bis auf einen zwangsläufig die Auflösung der Gesellschaft und die Vereinigung der bisher getrennten Vermögen bewirkt, besteht eben ein wesentlicher Unterschied zu den übrigen Ausscheidungsfällen, bei denen die Gesellschaft mit dem separaten Gesellschaftsvermögen fortbesteht, und dieser Unterschied manifestiert sich in einer andern Beantwortung der Frage der Belangbarkeit [41].

b) Das deutsche Recht behandelt angesichts der wissenschaftlichen Identität der beiden Vorgänge vernünftigerweise bezüglich der Haftungsfristen der nicht mehr mitmachen-

[40] Wie schon wiederholt festgestellt wurde, vgl. S. 55 f.

[41] Im Resultat gleich; Hausherr 169 f., Schweizer 51, ZbJV 44 S. 372 f., Kahn 100 ff.

den Gesellschafter die beiden Fälle der Geschäftsfortsetzung nach HGB 25 und 142 gleich [42]. Auch bei der Übernahme des Geschäftes einer OHG mit Aktiven und Passiven haften sie gemäß HGB 26 wie die Ausgeschiedenen (HGB 159) während einer fünfjährigen Verjährungsfrist solidarisch mit dem Übernehmer[43]. — Nicht so der schweizerische Gesetzgeber [44].

a*) Zwar beginnt nach schweizerischem Recht mit der Publikation der Auflösung der Gesellschaft im Handelsamtsblatt (bzw. Fälligkeit der Forderungen) für die *Veräußerer* die fünfjährige Frist gemäß OR 591 zu laufen [45]. Von praktischer Bedeutung ist sie aber nur, wenn die Übernahme erst viel später im Liquidationsverfahren erfolgt. Denn mit der Bekanntmachung der Übernahme läuft neben ihr eine *2jährige Verwirkungsfrist.* Werden sie innert dieser Frist nicht belangt, so sind sie nach deren Ablauf von der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern von Gesetzes wegen frei (OR 181 II in Verbindung mit OR 592 II) [46].

---

[42] Ein entsprechender Antrag ist für das schweizerische Recht schon in der Expertenkommission abgelehnt worden. Auch der m. E. zweckmäßigste Gedanke, zwischen Übernahme durch einen Dritten und Übernahme durch einen Gesellschafter zu unterscheiden und für diese bezüglich der nicht Übernehmenden die Fristen für die Ausgeschiedenen gelten zu lassen, fand keine Gnade, vgl. Komm. Hartmann Art. 592 N. 1.

[43] Kom. Staub-Bondi § 26 N. 6 f., Wieland 288, Diester 50 f., Vaucher 93.

[44] Vgl. Kritik bei Schweizer S. 50 f.

[45] Die gleiche Stellung wie dem Kollektivgesellschafter kommt dem ehemaligen Kommanditär zu, nur daß dieser innerhalb der abgekürzten Frist selbstverständlich lediglich mit seiner Kommandite haftet.

[46] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 28, Komm. Oser Art. 181 N. 16, Komm. Hartmann Art. 592 N. 5, Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 6, v. Tuhr/Siegwart II S. 847 f., Breitenbach 16, 18, 75 f., Buchli 82 f., Bühler 43 f., Des Gouttes 109 ff., Hasler 137 f., Hausherr 176, Kramer 25,

Über die Verwirkungsnatur dieser Frist ist sich heute die herrschende Doktrin und Praxis einig [47]. Die Frist ist durch Einklagung der Forderung innert der zwei Jahre zu wahren, ansonst der Gesellschaftsgläubiger ihrer und damit gewöhnlich auch der sie sichernden Pfänder und Bürgen OR 178 [48] verlustig geht; eine Unterbrechung ist nicht möglich [49]. Dies läßt sich aus der Überlegung rechtfertigen, daß es im Interesse des Verkehrs und der Verkehrssicherheit liegt, die Haftungsverhältnisse aus einem Geschäftsübergang innert möglichst kurzer Frist, die dem Gläubiger zumutbar ist, endgültig klarzustellen. Es ist dem Geschäftsgläubiger zuzumuten, sich innert zweier Jahre zu entscheiden, ob er die Veräußerer belangen will oder ob der Übernehmer, der ja im Regelfall ein Dritter ist und den er

---

Mangold 34 f., 81 ff., Schweizer 50 f., Vaucher 98 f., Berger in ZBGR 32 S. 189. ZR 20 Nr. 118 S. 238 Erw. 1.

[47] Komm. Becker Art. 181 N. 29, Komm. Oser Art. 181 N. 17, v. Tuhr/Siegwart II. S. 847 f., 604 Anm. 11, Buchli 83, Bühler 50 ff. (hier finden sich eingehende Erläuterungen), Capitaine 112 f., Des Gouttes 110 f., Mangold 81 ff., BGE 61 II 154 Erw. 5c, ZR 37 Nr. 178, 33 Nr. 105 Erw. 5, 6. Ebenso ist man sich bezüglich der Verjährungsnatur der 5jährigen Frist der Art. 591 und der §§ 26 und 159 HGB einig; vgl. v. Tuhr/Siegwart II S. 659 N. 46a, Capitaine 112, 114, Kramer 29 f., Mangold 30 ff., Schweizer 50.

[48] Vgl. Komm. Becker Art. 181 N. 27, Komm. Oser Art. 181 N. 18, v. Tuhr/Siegwart II. S. 848, Buchli 74 ff., 83, Bühler 40, Des Gouttes 96 ff., Hasler 138, BGE 63 II 15.

[49] Vgl. v. Tuhr/Siegwart II. S. 603 f., Guhl OR S. 225 f., Bühler 46 ff., Capitaine 57 ff., 163 f., v. Bühren in SJZ 45 S. 369 ff. Dagegen muß mit der Ausnahme bestimmter Passiven von der Übernahme in der nach eingetragener Auflösung erfolgten Mitteilung regelmäßig eine Anerkennung dieser Schulden bewirkt werden und zwar nach dem vorne S. 87 f. Gesagten gemäß OR 136 mit Unterbrechungswirkung für alle Solidarverpflichteten, da OR 593 in Bezug auf die Liquidationsgesellschafter, als was sie bezüglich dieser Schulden immer noch zu gelten haben, nicht zur Anwendung kommt.

ohne sein Zutun als neuen Schuldner erhält [50], ihm gut genug ist und er durch sein passives Verhalten die Haftung jener verlieren will [51]. Eine wirkliche Bereinigung der Lage ist aber nur dann möglich, wenn der Gläubiger nicht die Haftung durch Unterbrechungshandlungen ins unermeßliche erstrecken kann, dies ist nur der Verwirkungsfrist eigen.

b*) Neben diesen besonderen Fristen tritt selbstverständlich auch noch die andere Wirkung der Auflösung der Gesellschaft, *Wegfall der Subsidiarität* der Haftung, ein [52]. Auch der ehemalige Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft, dessen Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen wurde, haftet den Gläubigern solidarisch mit dem Übernehmer unmittelbar mit seinem ganzen Vermögen.

III. Das Verhältnis der für ein und dieselben Verbindlichkeiten laufenden Fristen zueinander und der Einfluß der Gläubiger auf den Fristenlauf.

1. a) Für *Übernehmer* und *Fortsetzer* laufen für die nicht ausgeschlossenen Verbindlichkeiten ausschließlich die ordentlichen Verjährungsfristen. Für die von der Übernahme oder Fortsetzung ausgeschlossenen Verbindlichkeiten läuft *daneben* noch die fünfjährige Frist, sofern die Auflösung im Handelsregister eingetragen und publiziert worden ist.

b) Für die *Ausgeschiedenen* und die *Veräußerer laufen* sämtliche Fristen nebeneinander und schließen sich nicht etwa aus: die ordentliche Frist gemäß OR 127 ff

---

[50] Gerade daß es sich bei der Übernahme durch einen Gesellschafter nicht um einen materiell neuen Schuldner handelt, hätte m. E. den Gesetzgeber dazu führen müssen, die Fristen für diesen Fall denjenigen des Ausscheidens anzugleichen; vgl. dazu Anm. 56, S. 94.

[51] BGE 46 II 469 Erw. 1 = ZR 20 Nr. 118 S. 238 Erw. 1.

[52] Komm. Siegwart Art. 568/69 N. 18, 579 N. 7, Komm. Hartmann Art. 579 N. 11, Breitenbach 14, 51 f., Mangold 78 f.

(= BGB 194 ff), die fünfjährige gemäß OR 591 (= HGB 159 und HGB 26) und für das schweizerische Recht auch die zweijährige Verwirkungsfrist nach OR 181. Ausgeschiedener und Veräußerer, wie übrigens auch Übernehmer und Fortsetzer, soweit ihre Stellung als Liquidationsgesellschafter in Frage steht, können sich nach dem folgenden Beispiel die ihnen günstigste Frist anrechnen [53].

Eine der zehnjährigen Verjährung unterworfene Forderung gegen eine Gesellschaft ist 1950 fällig geworden; 1957 löst sich diese Gesellschaft auf und 1959 wird das Geschäft mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter übernommen. Es läuft also von 1950 bis 1960 die zehnjährige Verjährungsfrist nach OR 127, von 1957 bis 1962 die fünfjährige Verjährungsfrist nach OR 591 und von 1959 bis 1961 die zweijährige Verwirkungsfrist nach OR 181 und OR 592 II. Somit ist im Jahre 1960 die Forderung des Gläubigers gegen die Gesellschaft, gegen alle ehemaligen Gesellschafter und gegen den Übernehmer verjährt, es besteht nur noch eine Naturalobligation, die mit Ablauf der zweijährigen Verwirkungsfrist untergeht.

2. a) Auch abgesehen von der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, auf die im Rahmen dieser Arbeit näher nicht eingetreten werden kann, da sich mit Ausnahme des schon behandelten Falles [54] daraus für die Unterscheidung von Übernahme und Fortsetzung keine Besonderheiten ergeben, ist es nicht unbedingt notwendig, daß die Haftung der Ausgeschiedenen und Veräußerer während der ganzen gesetzlichen Haftungsdauer anhält. Der Gläubiger kann sie jederzeit durch eine private Schuld-

---

[53] Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 3, 7, Breitenbach 74, Hausherr 170 f., Mangold 33, 43 f., 81, BGE 46 II 469 ff. = ZR 20 N. 118 S. 238 Erw. 1, Komm. Staub-Bondi § 26 N. 2, Komm. Staub-Pinner § 159 N. 6, Komm. Weipert § 159 N. 17, Wieland 730, Hueck 345.

[54] Vgl. vorne S. 85 ff.

übernahme gemäß OR 176 mit dem Übernehmer oder Fortsetzer befreien. Dies kann, OR 176 III, auch durch konkludentes Verhalten geschehen, aus dem aber eindeutig auf den Entlassungswillen des Gläubigers geschlossen werden können muß [55].

2. b) Nach Guhl [56] sollen die Gläubiger bei der Geschäftsübernahme nach 181 OR umgekehrt auch berechtigt sein, innert zweier Jahre zu erklären, die alten Schuldner (an Stelle des neuen) über die zweijährige Frist hinaus beibehalten zu wollen. Er steht mit dieser Auffassung allein da. Was bei der Übernahme von Pfandschulden kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (ZGB 832 II und 833 III) gilt, trifft nicht auch für die Geschäftsübernahme zu. Nach OR 181 verwirkt der Gläubiger zwei Jahre nach erfolgter Mitteilung seine Ansprüche gegen den Geschäftsveräußerer unwiderruflich von Gesetzes wegen.

IV. Regreß

Nach der dargelegten Haftungsordnung ist es durchaus möglich, daß ein ausgeschiedener Gesellschafter (oder Veräußerer) für eine Schuld belangt wird, die dem Fortsetzer angewachsen bzw. vom Übernehmer übernommen wurde. Umgekehrt ist es auch denkbar, daß der Fortsetzer oder der Übernehmer für Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden, für die sie nach dem internen Verhältnis nicht aufzukommen hätten. Tritt nun ein solcher Fall ein, so hat derjenige, der infolge seiner solidarischen Haftung eine Schuld bezahlen mußte, für die er nach dem internen Verhältnis nicht hätte eintreten müssen, gegen denjenigen, aus dessen Vermögen sie hätte getilgt werden sollen und eventuell gegen weitere solidarisch

---

[55] Vgl. Komm. Hartmann 591 N. 15, Komm. Siegwart Art. 591/93 N. 10 ff., Breitenbach 29 ff., Hausherr 171, Buchli 84: er sieht in der Entlassung keine einseitige Willenserklärung, sondern einen formfreien Vertrag.

[56] Guhl S. 211; vgl. ferner Guhl in ZbJV 92 S. 23.

Verpflichtete, einen Regreßanspruch (OR 148 f)[57], für den die zehnjährige Verjährungsfrist ab Zahlung gilt[58]. Für näheres sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.

---

[57] Vgl. für den Regreßanspruch des Übernehmers Komm. Becker Art. 181 N. 33, Des Gouttes 115, Mangold 83. — Für den Regreßanspruch des Ausgeschiedenen Komm. Hartmann Art. 576 N. 12, vgl. auch Art. 568 N. 32 ff., Komm. Siegwart Art. 576 N. 6, Hausherr 162, Mangold 79, Breitenbach 79, 85 ff., Komm. Staub-Pinner Anhang zu § 141 N. 12 f., Hueck 298, Kahn 84, Klemm 78, Mangold 65 f., 72, Mengering 99 ff., Schubert 37 ff., Trantow 35.

[58] Siegwart Art. 591/93 N. 16, Mangold 28 f, Komm. Hartmann Art. 591 N. 13.

3. ABSCHNITT

REGISTERRECHTLICHE VORGÄNGE UND VERÄNDERUNGEN

In diesem letzten Abschnitt soll in aller Kürze auch noch dargelegt werden, wie sich Übernahme und Fortsetzung registerrechtlich auswirken und ob auch hierin Unterschiede zwischen den beiden Vorgängen bestehen. In Bezug auf Veränderungen im Handelsregister wird es sich dabei im wesentlichen um eine Zusammenfassung der diesbezüglich im Lauf der Arbeit zu den einzelnen Vorgängen gemachten Feststellungen handeln. Auf die Veränderungen im Grundbuch und in den Registern des gewerblichen Rechtsschutzes, die notwendig werden, sofern Grundstücke, bzw. Patente, Marken, Modelle oder Muster zum Geschäft gehören, wird in den zwei kurzen Schlußparagraphen nur insoweit eingegangen, als sich Unterschiede zwischen der Übernahme und der Fortsetzung ergeben.

§ 6 Die Anderungen im Handelsregister

I. Die durch die Übernahme bzw. Fortsetzung geschaffenen eintragungsbedürftigen Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen

1. Für die Kollektivgesellschaft besteht nach schweizerischem Recht die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister, OR 552 II, mit Ausnahme jener Gesellschaften, deren jährliche Roheinnahmen Fr. 50 000 nicht erreichen (HregVO 54) [1a]. Für die nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft wirkt der Eintrag kostitutiv, OR 553 [1].

---

[1] Über die diesbezügliche deutsche Regelung vgl. vorne S. 45 Anm. 102.

[1a] Vgl. BRB über die Änderung der HregVO vom 3. 12. 1954.

2. Der Eintrag gibt insbesondere Auskunft über die Vertretungs- und Haftungsverhältnisse — bei der Kollektivgesellschaft ist wichtig zu wissen, *wer* haftet — der im Handelsverkehr auftretenden Rechtssubjekte [2]. Was eingetragen ist (und veröffentlicht, OR 931 und 932 II, müßte man beifügen), gilt Dritten gegenüber als bekannt, sogenannte positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters, OR 933 I und HGB 15 II, es sei denn, was im deutschen Recht ausdrücklich gesagt ist, daß der Dritte die Unrichtigkeit der Eintragung gekannt hat oder hätte kennen müssen [3]. Was an eintragungspflichtigen Tatsachen nicht eingetragen ist, kann gutgläubigen Dritten nicht entgegen gehalten werden, sogenannte negative Publizitätswirkung des Handelsregisters, OR 933 II und HGB 15 I [4].

3. a) Infolge dieses, wenn auch beschränkten, dem Handelsregister zukommenden öffentlichen Glaubens müssen die Eintragungen unabhängig von der Parteidisposition stets mit den eingetragenen Veränderungen in Übereinstimmung gebracht werden. OR 937 f und HregVO 59 f sehen die Pflicht zur Änderung ausdrücklich vor [5].

b) Die in unseren, bei beiden Tatbeständen eingetretenen Veränderungen bestehen in der Auflösung der Gesellschaft — im Falle der Fortsetzung infolge Ausscheidens bis auf einen — und in der Übernahme bzw. Fortsetzung ihres Geschäftes durch einen Gesellschafter.

a*) Das Gesetz schreibt die Eintragung sowohl der *Auflösung* (OR 574 II) als auch des *Ausscheidens* von Gesell-

---

[2] Maurer 12 f.

Konstitutiv ist der Eintrag außer für die nichtkaufmännische Kollektivgesellschaft u. a. für den Firmenschutz gemäß OR 956 und für die Unterstellung des Eingetragenen unter die Konkurs- und Wechselbetreibung; vgl. Maurer 45.

[3] Vgl. Komm. His, Art. 933, N. 25, Maurer 53 f., Komm. Schlegelberger, § 15, N. 17.

[4] Vgl. Komm. His, Art. 933, N. 29, Maurer 52 f.

[5] Vgl. Maurer 29; vgl. dazu auch vorne S. 67 und S. 77.

schafter OR 581) noch besonders vor[6]. Sie ist konstitutive Voraussetzung für den Lauf der verkürzten Haftungsfrist bezüglich der ehemaligen Gesellschafter gemäß OR 591 (HGB 159)[7].

b*) Mit der Löschung der Gesellschaft, die in der Regel mit der Auflösung und dem Ausscheiden zusammenfallen wird, ist zugleich die *Fortsetzung* des Geschäftes einzutragen[8]. Für das schweizerische Recht wird auch dies ausdrücklich vorgesehen[9], im deutschen Recht stützt man sich dafür auf die (unserem Art. 937 entsprechende) allgemeine Bestimmung von HGB 31 in Verbindung mit HGB 143[10]. Außer den allgemeinen Publizitätswirkungen zeitigt die Eintragung der Fortsetzung keine besonderen Wirkungen. Jene sind vor allem für die Gläubiger von großer Wichtigkeit: Je nachdem was mit dem Geschäft geschieht, werden sie sich bezüglich ihren Forderungen verhalten.

c*) Nicht besonders vorgesehen vom Gesetz (HGB 25 und OR 181) ist die Eintragung der *Übernahme*. An sich ließe sich durchaus denken, daß die Gesellschafter die Gesellschaft einfach löschen und sich der Übernehmer, wozu er gemäß OR 934 I und HregVO 52 auch als Einzelkaufmann verpflichtet ist, als Einzelunternehmen eintragen läßt, ohne daß im Handelsregister zum Ausdruck käme, daß eine Übernahme stattgefunden hat. Da die Mitteilung gemäß OR 181, wie wir gesehen ha-

---

[6] Im deutschen Recht HGB 143.

[7] Vgl. dazu vorne S. 77 f., 80 f., und die dort in Anm. 12/13 zitierten Autoren, sowie S. 85 f., 89 f. und die dort in Anmerkung 43 Zitierten. — Auch die Frist gemäß SchKG 40 beginnt damit zu laufen.

[8] Vgl. dazu das Beispiel hinten S. 103.

[9] Vgl. vorne S. 76 f.

[10] Vgl. Komm. Weipert, § 142, N. 21, 143, N. 3, 144, N. 10, Komm. Düringer-Hachenburg, § 142, N. 2, 143, N. 1, Komm. Staub-Pinner, § 143, N. 1, Komm. Schlegelberger, § 142, N. 15, Hueck 227, Mandelbaum 67 f., Klemm 39 ff.

ben [11], auch außerhalb des Handelsregisters erfolgen kann und die gleichen spezifischen Wirkungen hat wie jene durch Eintragung, werden dadurch Publizitätserfordernisse des kaufmännischen Verkehrs nicht verletzt. Allerdings hat keine andere Mitteilungsart so umfassende Wirkungen wie der Handelsregistereintrag [12], weshalb praktisch Auflösung, Löschung und Übernahme, oder, wenn diese im Liquidationsstadium erfolgt, doch Löschung und Übernahme gemeinsam eingetragen werden [13].

c) Wichtigster Bestandteil der Eintragung ist die Firma, die gemäß OR 947 und HGB 19 den Familiennamen mindestens eines Gesellschafters und einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter enthalten muß. Übernahme und Fortsetzung durch einen Gesellschafter führen grundsätzlich zur Löschung der *Firma* der Kollektivgesellschaft im Handelsregister, OR 938, HGB 31 [14]. Da aber das Geschäft unter der Firma bekannt geworden ist, besteht für den Übernehmer und den Fortsetzer ein erhebliches Interesse daran, ihr Geschäft unter der alten Firma weiterführen zu können.

a*) Nach *deutschem Recht* ist gemäß HGB 24 die Fortführung der Firma durch den Übernehmer bzw. Fortsetzer grundsätzlich gestattet [15]. Da aber die Gesellschaft un-

---

[11] Vgl. vorne S. 67 ff.

[12] Vgl. dazu vorne S. 67 und S. 97.

[13] Vgl. dazu das Beispiel hinten auf S. 102 f.

[14] Vgl. Buchli 66 f., v. Steiger 49, ZbJV 62, S. 94 c, Kunz 8, Komm. Weipert, § 142, N. 21, Komm. Staub-Pinner, § 143, N. 15, Komm. Schlegelberger, § 142, N. 15, Hueck 339 f., Mandelbaum 67 f.

[15] Vgl. dazu Komm. Staub-Bondi, § 24, Einleitung und N. 2, Komm. Staub-Pinner, § 142, N. 2, Komm. Schlegelberger, § 24, N. 5, Hueck 287 f., 303, Kahn 64 f., 92, Klemm 44 ff., Kühnlenz 75, Mandelbaum 59, Nußbaum 58 f., Schubert 28, RGE 65, S. 381 f. Über die besondern Wirkungen der Weiterführung der Firma vgl. vorne S. 10 und die in Anm. 15 zit. Autoren, sowie S. 65 ff. oben und die dortige Anmerkung 33.

tergegangen ist, muß auf alle Fälle der das Gesellschaftsverhältnis andeutende Zusatz gestrichen werden [16]. Außerdem muß, wenn in der Firma der Name eines der Ausgeschiedenen enthalten ist, dessen ausdrückliche Zustimmung vorliegen [17]. Statt die alte Firma weiterzuführen, kann sie selbstverständlich gelöscht und eine eigene neue Firma eingetragen werden [18].

b*) Auch nach schweizerischem Recht ist gemäß OR 953 II die Weiterführung der Firma durch den Übernehmer unter den auf S. 34 ff. dargelegten Voraussetzungen, auf die hier verwiesen sei, möglich [19]. Gegenüber dem deutschen Recht sind sie aber wesentlich strenger, und zwar sowohl bezüglich des Aussehens der weiterzuführenden Firma, die in einem Zusatz das Nachfolgeverhältnis zum Ausdruck bringen muß, als auch der Zustimmung, die von seiten aller Gesellschafter, also auch der nicht in der Firma enthaltenen, vorliegen muß.

An dieser Stelle muß nur noch ein Wort darüber verloren werden, ob die Weiterführung der Firma nach OR 953 II, obwohl sie dessen Wortlaut nach nur für die Übernahme vorgesehen ist, auch dem Fortsetzer offen steht. Das ist mit der herrschenden Doktrin unbedingt anzunehmen [20]. Denn «Übernahme» ist in OR

[16] Vgl. Komm. Staub-Bondi, § 25, N. 5, Komm. Düringer-Hachenburg, § 142, N. 24, Komm. Schlegelberger, § 24, N. 9. — Registertechnisch gesehen kann deshalb auch in dieser Weiterführung die Löschung der alten und Neueintragung der mit wenigen Änderungen gleich lautenden neuen Firma erblickt werden; vgl. Komm. Staub-Bondi, § 24, N 7.

[17] Komm. Staub-Bondi, § 24, N. 3, Komm. Schlegelberger, § 24, N. 6 f., Komm. Weipert § 142, N. 16, Komm. Düringer-Hachenburg, § 24, N. 3.

[18] Vgl. Komm. Schlegelberger, § 24, N. 10, Hoffmann 75.

[19] Vgl. dazu auch Komm. His., Art. 953, Buchli 67, Bühler 57, v. Steiger 50 ff., Nußbaum 31, 57, Fehr in ZHR 103, S. 298, Hoffmann 48 f., 60 ff, 68 ff., 72 f, Hartmann 25 ff., SJZ 30, S. 351, v. Steiger in ZbJV 74, S. 327, ZBGR 32, S. 192.

[20] Vgl. Komm. Hartmann, Art. 579, N. 9, Komm. Siegwart, Art. 579, N 4, Moser 94 f., Schweizer 33 f., SJZ 38, S. 267 f. = ZR 41, N. 24, ZBGR 32, S. 196.

953 II nicht im technischen Sinne von OR 181 gemeint. Es soll damit zum Ausdruck kommen, daß die beschriebene Weiterführung der Firma nur bezüglich *des* Geschäftes gestattet ist, dem sie schon vorher zur «Kennzeichnung» diente. Dieser Zusammenhang ist aber bei der Fortsetzung noch viel enger als bei der Drittübernahme, für die OR 953 II ebenfalls gilt. Hingegen darf man nicht noch weiter gehen und unter Berufung auf die rechtliche Natur der Fortsetzung annehmen, die Firma könne bei diesem Vorgang wie nach HGB 24 unter Weglassung des das Gesellschaftsverhältnis ausdrückenden Zusatzes weitergeführt werden. Dem steht sowohl die schweizerische Auffassung von der Firma als persönliches Recht ihres Inhabers als auch das hier vorgehende Prinzip der Firmenwahrheit, in das der schweizerische Gesetzgeber in OR 935 II nur einen beschränkten Einbruch zugelassen hat, entgegen.

II. Der technische Vorgang der Eintragung und Veröffentlichung

1. Grundsätzlich trägt der Handelsregisterführer nur angemeldete Vorgänge ein, OR 941. Es obliegt ihm dabei bezüglich der einzutragenden Tatsachen eine beschränkte Überprüfungspflicht vor allem in formeller Hinsicht, OR 940 I HregVO 21 [21]. Aus HregVO 38 I, der das Prinzip der Firmenwahrheit und -klarheit postuliert und nicht nur für den Anmeldenden, sondern vor allem auch für den Registerführer gilt, ergibt sich aber auch in materieller Beziehung ein gewisses Überprüfungsrecht [22]. Darunter fällt m. E. auch, sofern die Anmeldung zu Zweifeln Anlaß gibt, die Prüfung der Frage, ob die Parteien eine Fortsetzung oder eine Übernahme vereinbart haben; denn er soll nicht Unwahres eintragen [23]. Nötigenfalls muß er die Parteien befragen, wozu natürlich

[21] Vgl. dazu Komm. His., Art. 940 und Maurer 60 ff.

[22] Vgl. dazu Komm. His., Art. 940, N. 45 ff., Maurer 96 ff,

[23] Komm. His, Art. 940, N. 46

Voraussetzung ist, daß er sich selber über die Natur der beiden Vorgänge im Klaren ist.

2. Ist die Anmeldung eindeutig, so wird sie vorerst im Tagebuch eingeschrieben, OR 932 I und HregVO 11 und 19[24], und dann dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister mitgeteilt. Dieses prüft sie und veröffentlicht sie dann im schweizerischen Handelsamtsblatt, OR 930 und HregVO 113[25]. Erst nach der Veröffentlichung erfolgt die Eintragung ins Firmenbuch oder Hauptregister, die zurückdatiert wird auf die Eintragung im Tagebuch, HregVO 11. Für die Wirkung gegenüber Dritten ist allerdings die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt maßgebend.

3. Das Hauptregister hat für jede eintragungspflichtige Tatsache eine besondere Kolonne; *inhaltlich* stimmen die Eintragungen mit jenen im Tagebuch und mit der Veröffentlichung überein. Wie sie für die beiden Vorgänge aussehen, sei anhand zweier Beispiele aus dem schweizerischen Handelsamtsblatt gezeigt.

a) *Übernahme:*

Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 187

14. Aug. 1953 Bern, Bureau Aarwangen.

12.August 1953. Kolonialwaren, Mercerie usw. Giger & Co., in Langenthal, Kolonialwaren . . . .

Die Gesellschaft ist seit dem 1. Juli 1953 aufgelöst. Die Firma wird nach der durchgeführten Liquidation gelöscht. Aktiven und Passiven werden von der Gesellschafterin Hedwig Giger, als Inhaberin der Einzelfirma «H. Giger» in Langenthal übernommen.

Statt «die Firma wird nach durchgeführter Liquidation gelöscht», sollte es m. E. richtiger heißen: «Die Gesellschaft ist aufgelöst. Das Geschäft wird mit Aktiven und Passiven von der Gesellschafterin H. Giger . . . übernommen.

[24] Vgl. Komm. His., Art. 929, N. 18 ff., Komm. Funk, Art. 932, N. 2.

[25] Vgl. His, Art. 929, Komm. Funk, Art. 931, N. 2.

Nach durchgeführter Übernahme wird die Firma gelöscht», denn an Stelle der Liquidation tritt eben die Übernahme.

Mit der dieser Veröffentlichung entsprechenden Eintragung wird im Handelsregister die Gesellschaft gelöscht und das alte Blatt abgeschlossen. Das genügt aber nicht. Da eine Handänderung von der Gesellschaft auf die Gesellschafterin stattgefunden hat, ist eine zweite Eintragung, durch die für den Übernehmer ein neues Blatt im Firmenbuch eröffnet wird, und auch unmittelbar unter der ersten eine zweite Veröffentlichung notwendig, die so aussieht:

12. Aug. 1953. Kolonialwaren . . . . H. Giger, in Langenthal. Inhaberin der Firma ist Hedwig Giger von Romoos, in Langenthal. Die Firma hat am 1. Juli 1953 Aktiven und Passiven der bisherigen Kollektivgesellschaft Giger & Co., in Langenthal, übernommen.
Handel mit Kolonialwaren . . .

b. *Fortsetzung.*
Schweizerisches Handelsamtsblatt Nr. 177
3. Aug. 1953. Zürich.

30. Juli 1953. Landwirtschaftliche Produkte, Flachsmann-Honegger Söhne, in Horgen, Kollektivgesellschaft (SHBl . .), . Diese Gesellschaft hat sich infolge Ausscheiden des Gesellschafters Max Flachsmann aufgelöst. Die Firma ist erloschen. Das Geschäft wird vom Gesellschafter Frdr. Hugo Flachsmann, von Wetzikon, in Horgen, als Einzelkaufmann im Sinne von Art. 579 OR fortgesetzt. Die Firma lautet Hugo Flachsmann [26].

Eine zweite Eintragung und Veröffentlichung ist bei der Fortsetzung im Gegensatz zur Übernahme entsprechend der verschiedenen Natur der beiden Vorgänge nicht notwendig. Das alte Blatt im Hauptregister wird nicht abgeschlossen, sondern darauf lediglich die notwendigen Veränderungen vorgenommen und dann weitergeführt.

Somit sind bei richtigen Einträgen die beiden Vorgänge schon an ihrer technischen Behandlung im Hauptregister zu erkennen.

[26] Ein weiteres Beispiel siehe in ZBGR 31 S. 57 f.

§ 7 Die Änderungen im Grundbuch

I. Allgemeines über die infolge der Übernahme bzw. Fortsetzung eintretenden Änderungen

Das Grundbuch ist ein Register der privaten (ZGB 944) Grundstücke und aller an ihnen bestehenden dinglichen Rechte (ZGB 942 I). Insbesondere gibt es auch Auskunft darüber, *wer* Eigentümer der einzelnen Grundstücke ist. Gehört das Grundstück zum Geschäft einer Kollektivgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, so wird als Eigentümerin diese unter ihrer Firma eingetragen [1], gehört es zum Geschäft einer Einzelfirma, so erscheint im *Grundbuch als Eigentümer der Geschäftsinhaber*, GrbVO 31 II. Da sich nun aber in beiden hier betrachteten Tatbeständen die Gesellschaft auflöst und das Geschäft zum Einzelunternehmen wird, muß in beiden Fällen die Kollektivgesellschaft als Eigentümerin im Hauptbuch gestrichen und an deren Stelle der übernehmende bzw. fortsetzende Gesellschafter eingetragen werden. Während es sich aber bei der Eintragung des Übernehmers um eine regelrechte *Löschung* der alten (Kollektivgesellschaft) und Eintragung des *neuen* Eigentümers auf Grund einer Handänderung gemäß GrbVO 31 handelt, ist im Falle der Fortsetzung entsprechend der verschiedenen Natur der beiden Vorgänge lediglich eine *Abänderung* des Eintrages nach GrbVO 65 nötig. Diese beiden Veränderungen im Grundbuch müssen sich bei richtiger Behandlung auch äußerlich im Hauptbuch zeigen; sie unterscheiden sich aber hauptsächlich ihren Voraussetzungen nach.

II. Die spezifischen Unterschiede zwischen der Eintragung des Übernehmers und der Abänderung des Eintrages infolge Fortsetzung

1. Es ist weiter vorne festgestellt worden [2], daß für den Übergang der Aktiven *bei Geschäftsübernahme* mit Aktiven und Passiven gemäß OR 181 das Prinzip der Singularsukzession gilt. Für die zum Geschäft gehörenden Grundstücke

[1] Flachsmann 22; die einzelnen Gesellschafter, zum mindestens die verfügungsberechtigten, müssen aber aus den Belegen ersichtlich sein.

[2] Vgl. dazu vorne S. 29.

heißt das, daß das Eigentum daran von der Gesellschaft auf den Erwerber übertragen werden muß, was grundsätzlich nur durch den Eintrag im Grundbuch geschehen kann, ZGB 656 [3]. Dieser besteht darin, daß die Kollektivgesellschaft als Eigentümerin gestrichen und als neuer Eigentümer der übernehmende Gesellschafter unter Angabe des Erwerbsgrundes, also Übernahme nach OR 181 oder auch Kauf [4], eingetragen wird (GrbVO 31 I). Die causa der Eintragung liegt im Übernahmevertrag. Verträge über die Eigentumsübertragung an Grundstücken bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung (ZGB 657 I). Dies einerseits um eine zuverlässige Grundlage für die Führung des Grundbuches zu erhalten, anderseits aber zum Schutze der Parteien, denen so die Wichtigkeit des Geschäftes zum Bewußtsein gebracht werden soll. Der Übernehmer kann deshalb seine Eintragung als neuer Eigentümer nur durch Vorlegung des öffentlich beurkundeten Übernahmevertrages erwirken (GrbVO 18) [5] der zu den Belegen kommt (ZGB 948 II).

2. a) Im Gegensatz zur Geschäftsübernahme stellt die *Fortsetzungs*vereinbarung *keinen* Vertrag auf Eigentumsübertragung am Grundstück gemäß ZGB 657 I dar und ist deshalb auch nicht öffentlich zu beurkunden [6]. Der schon vorher auf das ganze Grundstück gesamthänderisch berechtigte Fortsetzer wird nicht durch eine Handänderung zwischen ihm und der Gesellschaft Alleineigentümer, sondern durch Abschichtung seiner Mitgesellschafter und Anwachsung der Rechte an ihn, er erwirbt das zur Gesellschaft gehörende Grundstück nicht, sondern es verbleibt ihm [7]. Eines Grundbucheintrags bedarf es dazu nicht [8].

[3] Vgl. dazu vorne S. 32, Flachsmann 76 f.

[4] Daß der Übernahmevertrag in der Regel ein Kaufvertrag ist, wurde schon vorne S. 39 f. dargelegt.

[5] Vgl. vorne S. 53 und 56 und dort die in Anm. 163 zit. Autoren.

[6] Vgl. vorne S. 38.

[7] Komm. Hartmann, Art. 579, N. 7, vgl. auch vorne S. 55 f.

[8] Ebenso Flachsmann 54 und 75 f.

b) Notwendig ist dagegen die Abänderung des bestehenden Eintrages[9]. Solange nämlich die Gesellschaft noch eingetragen ist, kann der Fortsetzer, obwohl Alleineigentümer geworden, nicht über das Grundstück verfügen, ZGB 963, 965 II und GrbVO 15[10]. Die Abänderung besteht, wie beim Eintrag auf Grund des Übernahmevertrages, in der Streichung der Kollektivgesellschaft und Eintragung des Fortsetzers als neuen Eigentümer, m. E. *ohne* Angabe eines Erwerbsgrundes in der Kolonne über die Erwerbsart, womit auch im Hauptbuch klar gemacht werden kann, daß es sich nicht um eine Handänderung handelt.

Der Grund der Abänderung ist aus den Belegen ersichtlich. An Stelle des öffentlichen beurkundeten Vertrages kommt nämlich zu den Belegen eine von allen Gesellschaftern, also auch den ausgeschiedenen, ausgehende schriftliche Erklärung[11]. Diese kann nun nicht einfach die Eintragung des Gesellschafters X an Stelle der Gesellschaft verlangen, da der Grundbuchführer sonst mit Recht einen öffentlich beurkundeten Vertrag verlangen würde, sondern es muß daraus der Vorgang

[9] Würde aus der aus Huber, Meier und Müller bestehenden Kollektivgesellschaft Huber & Co. nur der Müller oder Meier ausscheiden, so wäre nicht einmal eine Abänderung nötig, sondern, sofern die einzelnen Gesellschafter überhaupt in den einzelnen Belegen genannt sind, nur die Streichung des Ausgeschiedenen darin (vgl. dazu Flachsmann 54 f.). Es sei auch an dieser Stelle wiederholt (vgl. vorne S. 55 f.), daß der Vorgang seiner Natur nach der gleiche ist, wenn nur einer bleibt, um das Geschäft weiterzuführen (vgl. Flachsmann 75 f., Komm. Siegwart, Art. 579). Daraus ergeben sich zwar zwangsläufig bestimmte Veränderungen, die sich z. B. grundbuchlich eben in der Notwendigkeit ausdrücken, den Eintrag abzuändern; im übrigen aber muß der Fortsetzer grundsätzlich gleich behandelt werden, wie die fortsetzende Gesellschaft.

[10] Flachsmann 76.

[11] Bei Nichteinigung tritt an Stelle eine richterliche Ermächtigung (GrbVO, 61, I), die vom Fortsetzer erwirkt werden kann, OR 975, vgl. dazu Flachsmann 54 und 76.

der Fortsetzung ersichtlich sein, wofür z. B. ein Verweis auf den entsprechenden Eintrag im Handelsregister oder die Vorlegung der bloß schriftlichen Fortsetzungsvereinbarung genügt [12]. Nur auf Grund dieser Ausweise darf der Grundbuchverwalter die Abänderung vornehmen, GrbVO 61 I und II. Werden die Ausweise aber beigebracht, *muß* die Abänderung vorgenommen werden. Der Grundbuchverwalter darf sie nicht etwa verweigern mit dem Hinweis, es fehle an einem öffentlich beurkundeten Vertrag, um einen neuen Eigentümer einzutragen. Die oben erwähnte ratio der öffentlichen Beurkundung der Handänderungsverträge über Grundstücke verlangt das auch nicht: Weder wird dadurch die Zuverlässigkeit des Grundbuches beeinträchtigt, da ja der ganze Eintrag bestehen bleibt und es sich nur darum handelt, die Abänderung in der Eigentümerkolonne vorzunehmen, wofür die oben erwähnten beizubringenden Belege vollauf genügen, noch ist bei einem Vertrag über das Ausscheiden von Gesellschaftern der gleiche besondere Schutz der Vertragsparteien erforderlich wie bei Handänderungensverträgen [13].

Bei richtigem, den beiden Vorgängen entsprechendem Verhalten des Grundbuchverwalters sollte deshalb sowohl aus dem Hauptbuch als auch vor allem aus den Belegen hervorgehen, welcher Vorgang den Veränderungen im Grundbuch zugrundeliegt. Auch hier ist jedoch selbstverständliche Voraussetzung, daß sich in erster Linie die Parteien selber klar sind, was sie wollen [14].

---

[12] Vgl. Flachsmann 54 und 76.

[13] Diese Argumentation würde an sich auch für den übernehmenden Gesellschafter zutreffen. Die Regeln der Geschäftsübernahme sind aber auf die Drittübernehmer zugeschnitten, während es Fortsetzung durch einen Dritten gar nicht gibt. Wenn sich nun ein Gesellschafter dieser Rechtsform bedient, um das Geschäft der Gesellschaft weiterzuführen, so unterliegt er auch den entsprechenden Regeln.

[14] Vgl. vorne S. 13/14.

§ 8 Die Änderungen in den Registern des gewerblichen Rechtsschutzes

I. Grundsatz

Gehören zum Geschäft der Kollektivgesellschaft Marken, Patente, Muster oder Modelle, so muß in den entsprechenden Registern an Stelle der aufgelösten Kollektivgesellschaft der das Geschäft fortführende Gesellschafter als Alleinberechtigter eingetragen werden. Erst vom Augenblick der Änderung des Eintrages, bei der Marke (MschG 11 III) von deren Veröffentlichung an, gilt der Übernehmer bzw. Fortsetzer gutgläubigen Dritten gegenüber als allein berechtigt (MschG 11 III und 16, PatG 9 III und 31 II, MMG 4 III und 13 II VVO dazu) [1]. Ein Unterschied besteht diesbezüglich zwischen Übernahme und Fortsetzung nicht. Hingegen fragt es sich, ob nicht für die Gebührenpflicht zwischen den beiden Vorgängen unterschieden werden muß.

II. Gebührenpflicht für die Eintragung des Übernehmers und des Fortsetzers?

1. Nach allen drei Gesetzen ist für die Eintragung von Änderungen im Recht an der Marke, am Patent und am Muster oder Modell eine bestimmte Gebühr zu entrichten (VVO zum MschG 19 I Ziff. 3, VVO zum PatG 21 III, VVO zum MMG 13 V). Da diese Bestimmungen im Zusammenhang stehen mit der Übertragung dieser Rechte — VVO zum MschG 13 I Ziff. 3 spricht geradezu von einer «Übertragungsgebühr» — ist die Gebühr im Falle der Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven ohne Zweifel geschuldet, da sich der Übergang sämtlicher Aktiven nach dem Prinzip der Singularsukzession vollzieht, diese also eigentlich übertragen werden müssen [2].

---

[1] Nicht konstitutiv ist der Eintrag für den Übergang des Rechts, vgl. vorne S. 33 f. und die dortigen Anmerkungen.

[2] Vgl. vorne S. 28 f. und 33 f.

2. a) Nach der Praxis des Amtes für geistiges Eigentum wird aber, wie meine dortigen persönlichen Erkundigungen ergaben, die Gebühr auch für den Fall erhoben, wo das Immaterialgüterrecht einem bisher schon als Gesamteigentümer berechtigten Gesellschafter anwächst. Diese Praxis stellt darauf ab, daß als «Inhaber» des Rechts an Stelle der aufgelösten Kollektivgesellschaft ein einzelner tritt. Keine Gebühr wird somit verlangt, wenn Huber aus der aus ihm, sowie Müller und Meier bestehenden Kollektivgesellschaft Huber & Co. ausscheidet, obwohl dadurch auf jeden Fall eine Firmenänderung notwendig wird[3]. Scheiden dagegen Meier und Müller dieser Kollektivgesellschaft aus und muß als Rechtsinhaber an Stelle der Firma Huber & Co. die Firma Huber eingetragen werden, so wird die Gebühr verlangt.

b) M. E. trägt diese Praxis der juristischen Natur der Fortsetzung des Geschäftes durch eine Gesellschafter zuwenig Rechnung. Die Gesetze sehen die Gebühr ausdrücklich nur für einen *Inhaberwechsel* vor. Daß aber ein solcher Wechsel das Rechtssubjekt bei der Fortsetzung — auch bei der Fortsetzung durch einen! — nicht stattfindet, geht aus der juristischen Natur der Kollektivgesellschaft, in der die einzelnen Gesellschafter die Rechtsträger sind, und dem Prinzip der Anwachsung hervor[4]. Zwar löst sich die Gesellschaft im unserem Spezialfall, wo nur noch ein Gesellschafter zurückbleibt, zwangsläufig auf, was gewisse gesellschaftsrechtliche Folgen nach sich

---

[3] Vgl. dazu vorne S. 34 ff. und 99 ff.

Die VVO zum MschG sieht in Art. 21 I auch für den Fall der bloßen Firmenänderung eine — bedeutend geringere — Gebühr vor. In den beiden andern Verordnungen fehlt diese Bestimmung, weshalb e contrario geschlossen werden muß, daß hier die bloße Firmenänderung gebührenfrei ist.

[4] Vgl. dazu S. 47 f., 51 f. und 55 f.; das Problem ist im Grunde genommen das gleiche wie bei der grundbuchlichen Behandlung der Fortsetzung, vgl. S. 104 ff.

zieht. Der Vorgang an sich bleibt aber, wie schon weiter vorne ausdrücklich festgestellt [5], der gleiche; es findet auch hier keine für die Gebührenpflicht entscheidende Auswechslung des Rechtsinhabers statt. Ebensowenig ausschlaggebend kann deshalb sein, daß es bei diesem Vorgang zwingend zu einer Firmenänderung kommt, abgesehen davon, daß Firmenänderungen, wie das Beispiel oben zeigt, sehr oft auch bei der nicht der allgemeinen Gebührenpflicht unterstehenden Fortsetzung durch zwei oder mehrere Gesellschafter nicht zu umgehen sind. De lege lata läßt sich m. E. deshalb die Praxis des Amtes für geistiges Eigentum bezüglich der Gebührenpflicht des fortsetzenden Gesellschafters nicht rechtfertigen.

[5] Vgl vorne S. 55 f. und wieder S. 106, Anm. 9.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die festgestellten tiefgreifenden Verschiedenheiten in den Wirkungen der beiden wirtschaftlich einander so ähnlichen Vorgänge drängen ein paar abschließende kritische Bemerkungen geradezu auf. Die Gleichstellung der Übernahme durch einen Gesellschafter mit der Drittübernahme, auf welche OR 181 zugeschnitten ist, scheint mir nicht gerechtfertigt. Die erhebliche Beschneidung der Rechte der Geschäftsgläubiger durch einen Vorgang, zu dem sie nicht das Geringste zu sagen haben, ist allgemein damit gerechtfertigt, daß sie dafür, ebenfalls zwingend, zu den bisherigen Schuldnern einen neuen erhalten, der ihnen ebenfalls mit dem ganzen Vermögen haftet. Für den übernehmenden *Gesellschafter,* der ja materiell einer der alten Schuldner ist, trifft aber gerade das nicht zu. Die Übernahme durch ihn steht wirtschaftlich der Fortsetzung der Gesellschaft gemäß OR 576 ff viel näher als dem Sonderfall der Schuldübernahme nach OR 181.

Statt die Möglichkeit der Übernahme durch einen Gesellschafter in OR 592 II noch besonders zu erwähnen, hätte der Gesetzgeber m. E. wie es in der Expertenkommission [6] vorgeschlagen wurde, besser getan, Drittübernahme und Gesellschafterübernahme gesondert zu behandeln. Ohne die Übernahme für die Gesellschafter schlechthin auszuschließen, hätte auch die Haftungsdauer und die rechtliche Natur der Frist jener der ausgeschiedenen Gesellschafter angeglichen werden können, wobei man ja nicht so weit hätte gehen müssen wie das deutsche Recht, das die Fristen für die ausgeschiedenen und die Geschäftsveräußerer bei der Übernahme schlechthin — also auch durch Dritte — einander gleichgestellt hat, HGB 26 und 159. Es wäre dann immer noch der in der Rechtsnatur

[6] Prot. Exp. Kom., S. 106 ff.

der beiden Vorgänge begründete Unterschied bezüglich des Rechtsüberganges durch Singularsukzession bzw. Anwachsung geblieben. Daß mit der jetzigen gesetzlichen Regelung Ungleiches gleich oder doch sehr ähnlich, und sehr Ähnliches ungleich behandelt wurde, dürfte die Nebeneinanderstellung der Wirkungen der beiden Vorgänge klar gezeigt haben. Man wird deshalb mit der Behauptung kaum fehl gehen, daß in einer zukünftigen Gesetzesrevision die alten Diskussionen der Expertenkommission erneut aufleben werden. Hoffentlich mit einem Erfolg, der besser zu befriedigen vermag, als die gegenwärtige Lösung.